

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL
ARBITRAJE COMERCIAL PANAMEÑO

TESIS DOCTORAL DE:
JUAN CARLOS ARAÚZ RAMOS

BAJO LA DIRECCIÓN DE:
JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Madrid, 2014

©Juan Carlos Araúz Ramos, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
MASTER DE DERECHO INTERNACIONAL



CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL PANAMEÑO

Tesis doctoral que presenta el Licenciado

JUAN CARLOS ARAÚZ RAMOS

Bajo la dirección del profesor Dr. D.

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid

Madrid, octubre de 2013

SUMARIO

Dedicatoria	13
Abreviaturas	15

Introducción

I. El arbitraje en el constitucionalismo latinoamericano	
1. Razones de un entronque original	19
2. Justificación y tendencias	19
II. Constitucionalización del arbitraje en Panamá	23
1. Factores determinantes del desarrollo del arbitraje ...	28
2. Manifestaciones de la constitucionalización	32
III. Plan de exposición de la tesis	35

Capítulo I CONSTITUCIÓN, POTESTAD JURISDICCIONAL Y ARBITRAJE

I. Hacia una consideración constitucional del arbitraje	41
1. Aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional	41
A) Una institución constitucionalmente relevante	41
B) El arbitraje en el cumplimiento de los objetivos del Estado de Derecho	
2. Inclusión del arbitraje en la Constitución	45
A) Algunas referencias al constitucionalismo latinoamericano	50
B) El arbitraje en la Constitución panameña: el art. 202	62

II. Configuración constitucional de la jurisdicción y papel del arbitraje	67
1. Alcance de la prerrogativa estatal de la jurisdicción	67
A) Incardinación de la jurisdicción en un Estado de Derecho	67
B) Límites a la exclusividad de la jurisdicción ...	72
C) Interferencias de la jurisdicción con otros mecanismos de solución de controversias	74
2. El arbitraje y los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional	78
A) Carácter opcional del arbitraje	78
B) Declive <i>ratione materiae</i> de la imperatividad de la jurisdicción	83
III. Exclusividad de la justicia estatal y arbitraje	87
1. El arbitraje en el mecanismo estatal de administración de la justicia	87
A) Garantía de acceso a la justicia	87
B) El arbitraje en el marco de los ADR	93
C) Atribución de funciones a los particulares	99
2. Compatibilidad del arbitraje con la exclusividad de la justicia estatal	102
3. El arbitraje como equivalente constitucional	108
A) Carácter jurisdiccional o contractual: perspectiva dogmática	108
B) Subsistencia de la posición jurisdiccional	111
C) Tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia panameña	116
IV. Potestad jurisdiccional y arbitraje	118
1. Facultades de los árbitros.....	118
A) Carácter transitorio y excepcional	118
B) Necesidad de auxilio judicial	123
2. Imposibilidad de asimilar la actividad arbitral con la jurisdiccional	129
A) Ausencia de paralelismos	129
B) Consecuencias de la falta de <i>imperium</i> del árbitro	131
3. Prestación del árbitro	139
A) Contenido y efectividad	139
B) Potestad del árbitro y otros medios de resolución de controversias	142
4. Ejercicio de la función arbitral	143
A) Fundamento de la potestad del árbitro	143
B) Relaciones de complementariedad con el juez	148

Capítulo II

EL SISTEMA PANAMEÑO DE ARBITRAJE EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

I. Antecedentes: de los juicios arbitrales a la jurisdicción marítima	155
1. El arbitraje en el Código Judicial de 1917	155
2. La jurisdicción marítima panameña	157
A) Aspectos generales	157
B) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) de 14 de junio de 1988 (<i>Chevron Chemical Co. v. M.N. Ana María</i>)	161
C) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 3 de mayo de 1999 (<i>Sunlight Marine Co. Ltd. / Sinotrans</i>)	163
D) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil de 6 de julio de 1998 (<i>Meridian Ship Incorporated v. Tanda Shipping Pt. Ltd.</i>)	1645
E) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 11 de febrero de 2000 (<i>Flotilla Industries Inc. v. Latvian Shipping, Co.</i>)	165
3. La Autoridad del Canal de Panamá y el arbitraje	
II. Rasgos generales de la ordenación de arbitraje panameña	172
1. Arquetipo arbitral diseñado el Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el régimen general del arbitraje, de la conciliación y de la mediación	172
A) Vinculación a la Ley Modelo de Uncitral de 1985	172
B) Particularidades locales	177
2. Acomodación a los estándares internacionales	179
3. Procedimiento arbitral	184
4. Auxilio judicial	188
5. Consideración del arbitraje comercial internacional	
6. La justicia arbitral panameña	189
A) Desarrollo de la práctica arbitral	195
B) Competencia de la jurisdicción panameña en materia arbitral	197
7. Últimos Proyectos de reforma del arbitraje en Panamá	198

A) Proyecto de ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá de 2013	198
B) Las normas de arbitraje del proyecto de Ley de Derecho acional privado	207
III. Problemas generales y particulares del convenio arbitral	213
1. Contenido y efectos	213
2. Separabilidad del contrato principal	221
A) Planteamiento de la cuestión	221
B) Examen de la práctica	224
C) La eficacia negativa del convenio arbitral en el asunto <i>CCT contra FCC</i>	228
IV. Control de las decisiones de la jurisdicción	232
1. Configuración del recurso de anulación	232
2. Carácter tasado de las causales	241
3. Vicios en el convenio arbitral	247
A) Configuración de la causal	247
B) Verificación del consentimiento	251
C) Extensión de la cláusula de arbitraje a partes que no han suscrito el contrato	251
4. Irregularidades en la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral o la emisión del laudo	256
5. Incongruencia	262
A) Planteamiento general	262
B) Estudio de la jurisprudencia panameña	264
6. Controversia no arbitrable	266
7. Laudo contrario al orden público	269
A) Configuración de la noción	269
B) Examen de la práctica panameña	272
V. Laudos arbitrales pronunciados en el extranjero	275
1 Características del control del juez del execuatur ...	275
2. Marco normativo	278
A) Antecedentes	278
B) Configuración del execuatur	281
C) Régimen legal y convencional	283
D) Determinación de las causales	286
3. Examen de la práctica	288
A) Protagonismo de la vinculación del orden público con la Constitución	288
B) Laudo anulado en Panamá por notificación inicial del arbitraje no ajustada a lo dispuesto en la Constitución, pero ejecutado en Francia	295

Capítulo III CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL

I. Arbitraje y control de constitucionalidad	299
1. Modalidades de control	299
A) Control difuso vs. control concentrado	299
B) El control de constitucional en el marco de los procedimientos constitucionales panameños ..	303
2. Control de constitucionalidad por el árbitro	305
II. Contrariedad de la declaración de competencia del árbitro con el art. 32 de la Constitución panameña	311
1. Planteamiento de la cuestión	311
2. Sentencia de la CSJ de 13 de diciembre de 2001 (<i>Pyrsa Panamá, S.A.</i>) y la constitucionalización del principio competencia–competencia	320
3. Revisión de la doctrina de la CSJ: la Sentencia de 27 de agosto de 2009	328
III. Cuestiones de inconstitucionalidad derivadas del con- venio arbitral	331
1. Ámbito del convenio arbitral	331
2. Validez de la sumisión a arbitraje acordada por el Estado	335
A) Planteamiento de la cuestión	35
B) Inconstitucionalidad del acuerdo arbitral pre- vio en los contratos suscritos por el Estado, por las entidades autónomas y semiautónó- mas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá	339
3. Inconstitucionalidad de un convenio de arbitraje inserto en un contrato de adhesión	345
A) Planteamiento de la cuestión	345
B) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Pleno) de 29 de octubre de 1992 (<i>C. Fernie & Co, S.A.</i>)	350
4. Designación de los árbitros prevista en el convenio arbitral	361
IV. Cuestiones constitucionales derivadas del recurso de anulación	365
1. Inexistencia de segunda instancia	365
A) Planteamiento de la cuestión	365
B) La variable práctica panameña	367
2. Posibilidad de renuncia a la anulación	372

A) Planteamiento de la cuestión	372
B) Declaratoria de inconstitucionalidad operada por la Sentencia CSJ de 7 de octubre de 2005	377
2. Limitaciones a la arbitrabilidad	379
V. Advertencia de inconstitucionalidad en la ordenación del arbitraje	382
1. Ámbito de la institución	382
2. Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de febrero de 2011 (<i>Inspecciones Jesús Dí-</i> <i>az, S.A. contra Corporación Iberoamericana de</i> <i>Negocios</i>)	383

Capítulo IV

ARBITRAJE Y TUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. Observancia de las garantías constitucionales	385
1. Arbitraje, tutela judicial efectiva	385
A) Contenido y alcance del principio de tutela ju- dicial efectiva	385
B) Prolongación al procedimiento arbitral	395
2. Respeto a las garantías del debido proceso	397
A) Delimitación	397
B) Prolongación al procedimiento arbitral	399
a) Justificación y límites	399
b) Situaciones contempladas	401
c) Consecuencias	406
II. Arbitraje y recurso de amparo	410
1. Planteamiento de la cuestión	410
A) Ventajas e inconvenientes	410
B) Algunos supuestos de la práctica en América Latina	412
C) Estudio de la particular experiencia peruana ...	418
D) Balance del debate	421
2. Configuración en el Derecho panameño	423
A) Alcance de la acción de amparo	423
B) Contradicción del recurso de amparo con los postulados del arbitraje	429
C) Caracterización del árbitro como “servidor público”	432
D) Caracterización de “servidor público” del se- cretario de una institución de arbitraje	435

3. Carácter contradictorio de la jurisprudencia panameña	436
III. Valoración de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	441
1. Sentencia de la CSJ 13 de marzo 2001: Amparo de garantías constitucionales promovido por <i>Del Monte Fresh Produce International Inc.</i>	441
2. Sentencia SCJ de 24 de agosto de 2010: <i>Sindicato Industrial de Trabajadores de las Empresas Mineras de Panamá y las Empresas Petaquilla Gold, S.A.</i>	442
3. Sentencia CJS 25 de septiembre de 2012: <i>Mossack, Fonseca & Co (Luxembourg) S.A.R.L.</i>	445
4. Acción de amparo contra resoluciones judiciales dictadas en asuntos de arbitraje	448
A) Planeamiento general	448
B) Estudio de la jurisprudencia panameña	449
5. Otras circunstancias	458
IV. Susceptibilidad del recurso de amparo frente a medidas medida anti-proceso	459
1. Alcance de las mediadas anti-proceso	459
2. Estudio de la jurisprudencia panameña	459
CONCLUSIONES	463
ÍNDICE DE DECISIONES	475
BIBLIOGRAFÍA	481
I. Obras de carácter general	481
II. Monografías	482
III. Artículos de revistas y contribuciones en obras colectivas	485
1. Autores panameños	485
2. Autores extranjeros	487
IV. Trabajos de grado. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas	504
V. Estudios de carácter complementario	505
1. Monografías	505
2. Artículos de revista y contribuciones en obras colectivas	507

*Dedicada a Wendy, Alejandro y Victoria,
mis compañeros de viaje en esta aventura*

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
ADC.	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADR.	Alternative Dispute Resolution
AEDIPr	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Int 'l L.</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Am. Rev. Int 'l Arb.</i>	<i>American Review for International Arbitration</i>
<i>Ann. fr. dr int.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>Arb. Int 'l .</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>Arbitraje</i>	<i>Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones</i>
<i>Ariz. J. Int 'l & Comp. L.</i>	<i>Arizona Journal of International & Comparative Law</i>
<i>Bull. ASA</i>	<i>Bulletin Association Suisse de l 'Arbitrage</i>
CBI	Centro Bancario Internacional de Panamá
CCI / ICC	Cámara de Comercio Internacional (París)
CCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980
CEA	Corte Española de Arbitraje
Cearco	Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial, Perú
CeCAP	Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá
Cedca	Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (Caracas)
CG	Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961
<i>Chi. J. Int 'l L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIADI / ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDIP	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado
CJI	Comité Jurídico Interamericano
<i>Columbia J. Transn 'l.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
CRC	Centro de Resolución Alternativa de Controversias

CSJ	Corte Suprema de Justicia
DAB	Dispute Adjudication Board
<i>Dir. comm. int.</i>	<i>Diritto del commercio internazionale</i>
<i>Disp. Res. J.</i>	<i>Dispute Resolution Journal.</i>
DPCI	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
<i>Fla. J. Int 'l L.</i>	<i>Florida Journal of International Law</i>
<i>Harv. Int 'l L.J.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Hous. J. Int 'l L.</i>	<i>Houston Journal of International Law</i>
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
<i>ICC ICArb. Bull.</i>	<i>ICC International Court of Arbitration Bulletin</i>
<i>Int 'l Comp. L.Q.</i>	<i>International & Comparative Law Quarterly</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
<i>Int 'l Arb. L. Rev.</i>	<i>International Arbitration Law Review</i>
<i>Int 'l Bus. Law.</i>	<i>International Business Lawyer</i>
<i>Int 'l. Law.</i>	<i>The International Lawyer</i>
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
<i>ICSID Rev.</i>	<i>ICSID Review—Foreign Investment Law Journal</i>
<i>J. Int 'l Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>Journ. dr. int.</i>	<i>Journal du droit international</i>
LA	Ley de Arbitraje
<i>Law & Policy Int 'l Buss.</i>	<i>Law and Policy in International Business</i>
<i>La Ley</i>	<i>Revista Jurídica Española, La Ley</i>
LMU	Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985
MASC	Métodos alternativos de solución de conflictos
<i>Mich. J. Int 'l L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Minn. L. Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
NU	Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
RAU	Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976
RCEA	<i>Revista Española de Arbitraje</i>
<i>Rec. des Cours</i>	<i>Recueil des Cours de l 'Académie de droit international de La Haye</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l 'arbitrage</i>
<i>Rev. belge dr. int.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>

<i>Rev. dr. aff. int.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>Rev. dr. unif./ Unif. L.</i>	<i>Revue de droit uniforme/Uniform Law Review</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Riv. arb.</i>	<i>Rivista dell 'arbitrato</i>
<i>Riv. dir. int. pr. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. trim. dr. proc. civ.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
SCJ	Suprema Corte de Justicia
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>St. Mary L.J.</i>	<i>Saint Mary 's Law Journal</i>
<i>Tex.Int 'l.L.J.</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
<i>Tul. J. Int 'l & Comp. L.</i>	<i>Tulane Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
Uncitral /Cnudmi	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Unidroit	Instituto para la Unificación del Derecho Privado
<i>Va. J. Int 'l L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Vand. J. Transnat 'l L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>Word Arb. & Med. Rep.</i>	<i>Word Arbitration & Mediation Report</i> (Londres, BNA International Inc).
<i>Yearbook Comm. Arb'n</i>	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>

INTRODUCCIÓN

I. El arbitraje en el constitucionalismo latinoamericano

1. Razones de un entronque original

Desde la década pasada, el mundo ha contemplado como el arbitraje ha dejado de ser un tema privativo de ciertos Estados, y que muchos países, incluidos aquellos proverbialmente considerados reticentes a esta institución, están adoptando modernas legislaciones e incorporándose a importantes convenios internacionales sobre la materia. El éxito del arbitraje ha de medirse en que constituye un instrumento de inapreciable valor en la solución de los conflictos; en especial, de los que se generan del intercambio comercial internacional. Curiosamente, a pesar de su importancia como método para resolver las controversias, sancionada por el Estado, el arbitraje ha quedado hasta tiempos recientes fuera del punto de mira del Derecho constitucional¹. A lo largo de muchos años la investigación y profundización académica sobre el arbitraje comercial en América latina se ha centralizado en los textos legislativos adoptados por las diferentes asambleas o cámaras de diputados y en la comprobación de como dichas cámaras incorporan la legislación internacional producida por organismos de carácter global o regional.

Cabe recordar que las legislaciones de la región eran dependientes de los códigos procesales de Derecho continental europeo,

¹ Aunque desde la perspectiva estadounidense, uno de los más importantes y recientes estudios de síntesis se debe a P.B. Rutledge, *Arbitration and Constitution*, Cambridge University Press, 2012.

particularmente del Derecho español, que prestaban atención al arbitraje nacional y no el internacional, con especial acento en los aspectos formales de carácter procedimental y una particular intromisión de la justicia estatal en todas las fases del proceso arbitral. A ello se acompañaba una limitada autonomía de la voluntad de las partes para someter cuestiones a arbitraje y para convenir el procedimiento arbitral y un diverso número de recursos para impugnar el laudo. Y, en el momento de plantearse un contencioso internacional, se operaba pura y simplemente trasladando los postulados del arbitraje nacional que, en muchas ocasiones, no encajaban con esa modalidad de solución de diferencia. Debe tenerse en cuenta que práctica del arbitraje internacional se orienta hacia el establecimiento de estándares más o menos globalizados que desvinculan a la institución de consideraciones puramente locales². En la actualidad nadie pone en duda la relevancia del arbitraje en el ámbito internacional, de la importancia de su progresiva codificación e implementación, que posibilita la gestión, de forma pacífica y civilizada muchos de los retos que se suscitan hoy día en la comunidad internacional³.

A escala constitucional América latina ha cambiado en su actitud respecto al arbitraje internacional⁴. Actualmente casi todos los

² Cf. G. Kaufmann-Kohler, "The Globalization of Arbitral Procedure," *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, n° 4, 2003, p. 1313.

³ K. Böckstiegel, "The Role of Arbitration within Today's Challenges to the World Community and to International Law", *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 2, 2006, p. 177.

⁴ Vid. el capítulo primero de la obra de J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América latina*, Madrid, 2008 y el libro colectivo, de C. Conejero Roos, A. Hierro Hernández-Mora, V. Machia, Valeria y C. Soto Coaguila, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Madrid, La Ley, 2009. Las distintas etapas de esta evolución están descritas en los siguientes estudios: A.M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293-321; H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", *Arb. Int'l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146-148; *id.*, "ICC Arbitration and Courts of Law: Practical Experiences in Latin America", *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2001, pp. 231-251;

textos constitucionales latinoamericanos contienen disposiciones propicias al arbitraje, algunas de ellas resueltamente apreciables y otras, aunque en modo indirecto, a través del reenvío que sus normas efectúan a los tratados internacionales. Indudablemente el impresionante desarrollo del arbitraje se debe a dos instrumentos de base la Ley Modelo UNCITRAL del año 1985 y otra parte la Convención de Nueva York de 1958

Ello se traduce en la adhesión y ratificación de las principales convenciones internacionales y a su aplicación por parte de los tribunales estatales⁵. En este contexto la referida Convención de New York de 1958 constituye el referente de varios instrumentos internacionales, por ejemplo la Convención de Ginebra sobre el Arbitraje Comercial de 1961 y la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1975. Sus objetivos, desde la legitimación del arbitraje internacional sin apelación hasta la obligatoriedad de ejecución de fallos arbitrales en las cortes nacionales, han ejercido una gran influencia en la redacción de todos los modernos tratados de arbitraje, incluyendo el TLCAN o la Convención de Washington de 1965, y ha convertido el arbitraje en el mecanismo predominante para la solución de las contro-

id., “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks”, *Arb. Int’l*, vol. 21, n° 2, 2005, pp. 134–135; R. Layton, “Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America”, *J. Int’l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 ss; C. Frutos–Peterson, *L’émergence de l’arbitrage commercial international en Amérique Latine. L’efficacité de son droit*, París, 2003; D.E. González, G.F. Hritz, M. Rios y R. C. Lorenzo, “International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus”, *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33–43; F. Cantuarias Salaverry, “Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América Latina”, *Laudo* (Perú), n° 3, mayo 2004; R. Santos Belandro, “Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, 2006, pp. 553–565.

⁵ C. Frutos–Peterson, *L’émergence de l’arbitrage commercial international en Amérique Latine. L’efficacité de son droit*, París, 2003; L. Pereznieta Castro y J.A. Graham. “El arbitraje comercial latinoamericano: en busca de una doctrina propia”, *Arbitraje*, vol. 4, n° 2, 2011, pp. 455–474.

versias comerciales internacionales. No obstante, en los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto la importancia de las investigaciones en torno al impacto del Derecho constitucional en la eficacia de la regulación nacional e internacional del arbitraje⁶.

Al margen de construcciones doctrinales, algunas de gran enjundia⁷, puede afirmarse que la constitucionalización del arbitraje es un fenómeno genuinamente latinoamericano que se ha producido o por la incorporación de disposiciones específicas sobre el arbitraje en los textos constitucionales o por el reconocimiento por vía jurisprudencial del arbitraje como una opción constitucional⁸.

La relación entre las Constituciones Políticas de los países latinoamericanos y el arbitraje data de muy antiguo y encuentra su origen en normativas anteriores incluso a la época de las independencias y en los textos constitucionales posteriores a ellas. Dicha relación ofrece proyecciones diversas entre las que cabe destacar a) la búsqueda de protección efectiva de los derechos individuales y/o garantías fundamentales en el escenario arbitral; b) el establecimiento de limitaciones a la actuación del Estado y sus entidades fundadas en el poder del constituyente y/o en nociones difusas de

⁶ J.C. Fernández Rozas, “La Constitución mexicana y el arbitraje comercial”, *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de Derecho constitucional*, n° 16, 2007, pp. 159–204. ISSN 1405–9193.

⁷ Vid. K. Heller, “Constitutional Limits of Arbitration”, *Stockholm Arbitration Review*, n° 1, 2000, p. 7; B.M^a Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 8, p. 143; L. Luigi Capucci, “An important decision of the italian ‘Corte Costituzionale’ regarding the powers of arbitral tribunales to apply to the Court to test constitutionality”, *ASA Bulletin*, vol. 20, n° 1, 2002, p. 138.

⁸ Supremo Tribunal Federal (Brasil), Sentencia del 12 de diciembre de 2001, *MBV Commercial and Export Management Establishment / Resil Indústria e Comércio Ltda*, *Rev. arb.*, 2003, n° 2, p. 529 Obs. J.Bosco Lee y C. Valença Filho. – Corte Suprema de Justicia (México), Sentencia de agosto de 2004, *Teléfonos de México, S.A.*, comentada por F. González de Cossío, “Chauvinism Rejected: Mexican Supreme Court Upholds the Constitutionality of the Mexican Arbitration Statute”, *J. Int’l Arb.*, vol. 22, n° 2, 2005, p. 163.

interés público; c) la aplicación de normas de orden constitucional a los árbitros, derivadas de la calificación de estos como jueces; y d) la existencia de controles de carácter constitucional de las leyes⁹. Semejante entronque sumado a una serie de consideraciones históricas, implicó que en algunos países de la región se renegara durante algún tiempo acerca del empleo del arbitraje. Sin embargo, esta tendencia ha sido superada a partir de la adopción de leyes modernas y la ratificación de convenciones internacionales¹⁰. Frente a esta calurosa acogida ningún país europeo cuenta con referencias expresas en sus constituciones al arbitraje lo que no ha impedido un desarrollo vigoroso de la institución. Y esta carencia también se manifiesta en EE UU, en los países del *common law* y en los de Asia y África. En estos lugares del mundo, el arbitraje debe su funcionamiento al principio de libertad contractual y a entornos legales que favorecen su desarrollo¹¹.

2. Justificación y tendencias

Esa constitucionalización del Derecho al arbitraje en América latina se ha manifestado a través de dos tendencias, una, seguida por la Constitución panameña, que contempla el arbitraje dentro de las normas relativas al Poder Judicial y otra que inserta el “derecho al arbitraje “dentro de las disposiciones sobre los derechos fundamentales¹². Como ha puesto de relieve A. de Jesús O. la

⁹ C. Conejero Ros, “La Constitución y el arbitraje internacional ¿hacia un nuevo lenguaje?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 7, 2006, pp. 235–262

¹⁰ B. Cremades y D. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *RCEA*, n° 17, 2002, pp. 57–61.

¹¹ J. Santistevan De Noriega, “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, n° 1, 2010, pp. 43–83.

¹² Es el caso de las Constituciones de Costa Rica (art. 43), El Salvador (art. 23) o Honduras (art. 110). Por su parte, el Tribunal Constitucional de Chile, al pronunciarse en el marco del control previo de la constitucionalidad del proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional,

constitucionalización del arbitraje solo puede ser vista como un fenómeno positivo en la medida en que las normas y los principios constitucionales sobre el particular sean vistos como meras guías de carácter político y no como normas supremas que puedan entrar en conflicto con otras de carácter infra-constitucional, como las normas especiales de arbitraje, y supra-constitucional, como los tratados internacionales sobre la materia¹³.

La propia institución de arbitraje lleva inserta una impresión de dinamismo práctico, jurídico y conceptual, resultado de los continuos cambios producidos en el marco de las transacciones relaciones privadas internacionales y la vertiginosa adaptación a los mismos a través de la sucesiva evolución y las ambiciosas reformas practicadas en los últimos años en las diferentes normativas de arbitraje¹⁴. Resulta impensable comprender la institución arbitral y su complejidad y dinamismo desde una visión centrada en el Estado y en las fuentes formales de producción jurídica (leyes nacionales, convenios internacionales, leyes modelos y otros instrumentos adoptados en el marco de organizaciones gubernamentales). Es preciso atender a toda una serie de instancias no estatales (hombres de negocios, abogados, árbitros, académicos y centros e instituciones de arbitraje) con poder y capacidad sufi-

señaló que algunos de sus artículos “son constitucionales en el entendido que dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema (control directivo, correccional y económico sobre los tribunales)..., así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta”. Cf. Tribunal Constitucional (Chile), Rol n° 420 del 25 de agosto de 2004, Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional. Vid. C. Ambrose, “Arbitration and the Human Rights Act”, *Lloyd's Maritime and Comm. L. Q.*, 2000, pp. 468 ss.

¹³ A. De Jesús O., “The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 1, 2007, pp. 69–79.

¹⁴ B.M. Cremades, “The Impact of International Commercial Arbitration in the Development of the International Business”, *Am. Jour. Comp. L.*, vol. 33, 1983, n° 3, pp. 526–534.

cientes para crear y difundir una cultura arbitral e influir en la toma de decisiones a nivel estatal, regional e internacional¹⁵. Además, como señalase agudamente el profesor S. Sánchez Lorenzo, un régimen legal del arbitraje comercial internacional no debe servir a los árbitros, sino a las partes. Su finalidad esencial debe orientarse a facilitar los intercambios internacionales, eliminar costes externos y proporcionar a los operadores seguridad jurídica. Un modelo no intervencionista puramente plano o acríticamente liberal no cumple tales objetivos necesariamente. La flexibilidad para que los árbitros decidan o incluso eludan los designios de las partes no conduce en todo caso a buenos resultados¹⁶.

En un pasado no muy lejano los defensores del arbitraje en América latina tuvieron que enfrentarse a los procesalistas quienes, prevaleciéndose de los Códigos de Procedimiento Civiles se limitaban a aseverar que el arbitraje no era más que un procedimiento judicial especial más, lo que los llevaba al error de asimilar el árbitro a un juez y el laudo arbitral a una sentencia judicial con todas las consecuencias que de ello derivan. Parece fuera de duda que la discusión fue superada de forma favorable para el movimiento en favor del arbitraje¹⁷.

Una cuestión esencial que no sólo incurre en la posición de los tribunales estatales latinoamericanos frente al arbitraje sino en la concepción del arbitraje comercial internacional de algunos ope-

¹⁵ Cf. N. Bouza Vidal, “Perspectiva universal y regional en la consolidación del arbitraje comercial internacional”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2009, pp. 25–50. Un ejemplo ilustrativo lo ofrece la labor llevada a cabo en América latina por figuras indiscutidas como Bernardo Cremades. Vid. G. Biggs, “Bernardo Cremades Contribution to the Development of Arbitration Law in Latin America”, en *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010,).

¹⁶ S. Sánchez Lorenzo, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 39–74.

¹⁷ A. De Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 29–79, esp. p. 39.

radores jurídicos y árbitros latinoamericanos que se ponen de manifiesto en América latina. En efecto, el tratamiento doctrinal por la dimensión constitucional que ha adquirido la práctica del arbitraje comercial (partes, árbitros, expertos, sedes, etc.) es muy reciente¹⁸, lo que justifica el escaso tratamiento de las consideraciones sobre esta materia en la extensa bibliografía existente en torno al arbitraje.

La inserción del arbitraje en el tratamiento constitucional latinoamericano ha sido factible a partir de la confluencia de dos factores, principalmente. Por una parte, la constitucionalización del arbitraje y por otra, el ascendiente del constitucionalismo en ese proceso. Desde una dimensión comparativa la constitucionalización del arbitraje es un fenómeno casi específicamente latinoamericano que se ha generado a través de la inserción de disposiciones concretas sobre el arbitraje en los textos constitucionales o por el reconocimiento por vía jurisprudencial del arbitraje como una alternativa constitucional¹⁹. El establecimiento constitucional del arbitraje o de un Derecho al arbitraje nunca ha sido imprescindible para la conformación del arbitraje comercial internacional ni de ninguna otra institución jurídica. No obstante, habida cuenta que los países de América latina han optado por esta tendencia, no hay razón para no valorar esta iniciativa que es inequívoca de que la promoción del arbitraje constituye un aspecto esencial de la política de un Estado determinado. Y en mayor medida por cuanto la promoción de esa política pública de fomento del arbitraje a escala constitucional no es un algo casual. Se ha elaborado por los países latinoamericanos por medio de la modificación de sus legislacio-

¹⁸ E. Verdera y Tuells, “Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial”, *RCEA*, vol. X, 1994, p. 148.

¹⁹ E. Silva-Romero, “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina”, *Constitucionalización del Derecho Privado* (dir. Ch. Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 341.

nes internas sobre el arbitraje comercial internacional y a través de la incorporación de las convenciones internacionales que interesan la materia. Asimismo ha tenido la virtud de restringir los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de arbitraje intentados por algunos obsesionados impugnadores de la globalización²⁰ o por operadores jurídicos para quienes resulta muy difícil entender que la función jurisdiccional nunca ha sido un monopolio exclusivo del Estado ni un baluarte básico de la noción de soberanía nacional²¹.

El Derecho constitucional de los Estados de América latina experimenta en la hora actual, las consecuencias de un proceso especulador aún inconcluso, y que no se proyecta exclusivamente en la aplicación del Derecho del arbitraje comercial internacional por parte de los jueces estatales, sino en el conjunto del Derecho privado. Baste comprobar que las Constituciones de la región no sólo insertan los preceptos que reglamentan la forma de creación del Derecho estatal y la organización del Estado, funciones esenciales del constitucionalismo, sino que también han incluido largos listados de derechos, de carácter fundamental o no. Dicha situación encuentra dos ilustraciones muy expresivas. De un lado, gran parte de las constituciones vigentes son relativamente recientes y se han impregnado de la técnica de convertir derechos fundamentales en derechos constitucionales. De otro lado, estos nuevos textos constitucionales o las reformas que se han practicado en ellos son el corolario de evoluciones políticas más o menos enma-

²⁰ Vid., por todos, B.M. Cremades, "El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537; B.M. Cremades y D.J.A. Cairns, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", *RCEA*, vol. XVII, 2002, pp. 15-61

²¹ A. De Jesús O., "El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico", *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 391 ss.

rañadas (fin de dictaduras, aparición de movimientos caudillistas, revoluciones, etc) que han transformado los textos constitucionales en extensos catálogos de ofertas políticas.

II. Constitucionalización del arbitraje en Panamá

1. Factores determinantes del desarrollo del arbitraje

Panamá cuenta con pocos antagonistas en cuanto a cantidad y calidad de atractivos turísticos y empresariales. No en vano proclama con orgullo el lema de “Puente del mundo, corazón del Universo”. A dichos atractivos se une el ser una plaza financiera y de derecho de los negocios internacionales de primer orden. Nuestro país se ha ido situando internacionalmente no solo como vía marítima internacional, sino igualmente como un centro del comercio mundial ofreciendo a los operadores jurídicos y económicos una serie de facilidades organizadas económica y jurídicamente de una manera eficiente. Los inversionistas globales empiezan a ver a Panamá como un punto estratégico para la inversión, una puerta de entrada para contribuir al desarrollo de la región, gracias a la conectividad de nuestro país y a una economía abierta. Por esa razón en la actualidad Panamá, se ha consolidado como un Centro Financiero Internacional el cual cuenta con más de 75 bancos de más de 35 países y sus activos suman más de treinta mil millones de dólares americanos. Panamá ofrece toda una gama de servicios financieros y bancarios a escala nacional e internacional en las cuales no existen restricciones a las transferencias de capital, ni de tipo cambiario. Desde hace décadas ha sido reconocido como el Centro Financiero Internacional más importante de toda la región, y junto con el Canal de Panamá, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Marina Mercante y Abanderamiento de Naves, la Zona Libre de Colón, las Leyes de Seguro, Reaseguro y Aseguradoras

Cautivas, un mercado de capitales y una Bolsa de Valores incipientes pero creciendo fuertemente, una moderna Ley de Fideicomiso y, más recientemente, la nueva Fundación Privada panameña, y el nuevo Ferrocarril Transístmico recientemente renovado, hacen de Panamá un verdadero Centro de Servicios Internacionales. A ello hay que añadir una serie de circunstancias favorables a los negocios internacionales como: a) Localización geográfica estratégica con un gobierno democrático. b) Legislación favorable para inversiones extranjeras. c) Excelentes comunicaciones, así como facilidades de transporte por aire, mar y tierra. d) Un plantel de abogados preparados local e internacionalmente, así como también reconocidas firmas internacionales de auditores, consultores y de corretaje. e) Estructura tributaria estable: nunca se han gravado ingresos provenientes de fuentes fuera de Panamá, ni siquiera a ciudadanos residentes o locales. f) Intereses derivados de cuentas locales tampoco están sujetos a impuestos. g) Leyes liberales reguladoras de las sociedades anónimas, las fundaciones, los fideicomisos y otras entidades son liberales; dichas entidades son organizadas con rapidez y el costo de formación y mantenimiento anual es más bajo que en muchas otras jurisdicciones. h) El dólar norteamericano es el único papel moneda en circulación y no existe control de cambio alguno. j) Trámite expedito y económico para el registro de naves bajo bandera panameña; y k) Legislación liberal y flexible para fomentar las actividades de fideicomisos y arrendamientos financieros²².

²² Panamá cuenta dentro de la condición jurídica de las personas jurídicas offshore o con actividades de ultramar, aquellas instituciones tales como sociedades anónimas que no tienen actividad en Panamá. El art. 36 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995 reconoce el foro arbitral en el plano de las fundaciones offshore o extraterritorial o de ultramar podrá establecer en el acta fundacional señala este artículo, cuando exista o se pacte en los reglamentos de la fundación que cualquier controversia que surja sobre la fundación se le refuta por arbitro o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. *Vid.* G. Boutin Icaza, *Derecho Internacional Privado*, Panamá, Edition Maître Boutin, 2006, p. 273. *Vid.*, del mismo autor, “The Panamanian Busi-

Como podemos apreciar de todo este desglose las bondades que posee Panamá son extensas que sirven de fundamento para concebir a la nación como adelantada en Latinoamérica para la implementación efectiva de la *lex mercatoria*²³ de la actividad arbitral, constituyéndose formalmente en un Centro Regional Internacional Arbitral, de tal forma que cada uno de los factores que la individualizan coadyuven a brindar las condiciones adecuadas para el ejercicio de la actividad no solo en infraestructura y beneficios comerciales, sino como medio pionero en la implementación de normativas nacional e internacionales tendientes a darle vida a la jurisdicción arbitral, tal como fue mencionado en el aparte anterior.

El arbitraje, y sobre todo el arbitraje internacional, es utilizado ampliamente en el mundo de negocios panameño, tanto por empresas privadas o públicas como por el Estado. Las ventajas que presenta son la celeridad y la confidencialidad y la posibilidad que tienen las partes de elegir a árbitros que tengan un especial conocimiento para resolver temas complejos, como la aplicación de un Derecho extranjero con la posibilidad de que el procedimiento arbitral sea desarrollado en una lengua distinta de la del país en que se desarrolle el procedimiento. La razón por la cual los agentes de comercio internacional acuden esta modalidad de resolución de controversias no es sustraerse a la jurisdicción de los tribunales estatales, sino buscar una decisión rápida, flexible y especializada en la resolución de los conflictos, que evidencia la bondad de an-

ness Company and the Conflict of Laws”, *Yearb. Pr. Int’L L.*, vol. 10, 2008, pp. 523–545.

²³ G. Boutin Icaza, *Del reconocimiento de la Lex Mercatoria en la jurisprudencia panameña*, Panamá, Etude Maître Buotin, 1998; *id.*, “Autour de la réception de la lex mercatoria en droit positif panaméen. Développement historique et définition d’un jus mercatorum au Panamá”, *Rev. dr. univ.*, vol. 3, n° 2, 1998, pp. 305–311; *id.*, “Lex mercatoria: fundamento y apreciación en el Derecho internacional privado panameño”, *Avances del Derecho internacional privado en América latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 287–300.

teponer el carácter irrevocable y rápido de la decisión a las garantías propias del proceso judicial en sus sucesivas instancias²⁴.

La extraordinaria progresión de las empresas privadas de cada uno de los sectores económicos precisa instrumentos legales que pongan fin a eventuales litigios entre accionistas, empresas competidoras, personas jurídicas o personas naturales con una celeridad que de puntual respuesta a los intereses en presencia. La iniciativa del legislador Raúl Hernández se sustenta en el modelo de arbitraje comercial internacional aprobado por la Uncitral. El proyecto debe ser sujeto de una amplia discusión en la que participen la Cámara de Comercio e Industria, el Colegio Nacional de Abogados, los abogados especializados en el Derecho comercial y el Derecho internacional privado.

Cabe insistir en la importancia y efectividad que tiene para Panamá y el mundo, que una institución panameña hoy administra el Canal, que en otro tiempo gobernarán los EE UU, tenga como métodos alternos de solución de conflictos, el arbitraje, la conciliación y la mediación, en contraposición a aquellos que les resulta difícil aceptar que el Estado puede someterse a juicios de particulares con prescindencia de la jurisdicción ordinaria o estatal.

Las ventajas características, y en algunos casos únicas, de Panamá, tanto para negocios bancarios, como de otra naturaleza financiera y comercial, nacional e internacional, ha permitido que firmas y analistas internacionales califican al Centro Bancario Internacional (CBI) panameño ahora mismo como un *safe haven*; e igualmente goce en términos generales de calificaciones altamente satisfactorias de parte de agencias e instituciones internacionales, incluso del Fondo Monetario Internacional²⁵.

²⁴ B.M. Cremades, “El arbitraje en el siglo XXI”, *La Ley*, n° 2642, 1990, pp. 1184–1192.

²⁵ Las oportunidades del CBI siguen siendo muy altas por haberse mantenido estable durante la última crisis económica que ha sido una brueba muy importante para probar su competitividad. A ello contribuyó la reforma de la

Como pusiera de relieve G. Boutin, el Decreto ley 5/99 inaugura la vigencia de todo un sistema arbitral transnacional en el Derecho interno panameño que reproduce la “bicefalidad” entre arbitraje interno e internacional e introduce el principio normativo de competencia—competencia en su art. 17. Un país como Panamá organizado bajo un concepto secular, centralista y republicano factores que definen la justicia estatal se siente alterado por la concurrencia de un foro privado arbitral, alejado de la tradicional justicia gratuita, tuitiva y socializada propio de la justicia común²⁶.

En medios arbitrales se afirma que para un adecuado desarrollo del arbitraje se precisan leyes que ordenen la actividad, árbitros preparados y calificados, y una política de promoción de la institución arbitral para que la sociedad y los empresarios conozcan de su existencia y puedan acudir a sus beneficios a la hora de solucionar sus controversias. Dichos requisitos concurren plenamente en Panamá.

2. Manifestaciones de la constitucionalización

En este contexto, la constitucionalización del arbitraje privado establecido para la solución de controversias comerciales se originó por la necesidad de crear un instrumento legal que consintiera que las partes en litigio alcanzaran soluciones no obstruidas por la lentitud y morosidad de la administración de justicia. Desde hace más de una década están en pleno funcionamiento en Panamá la conciliación y la mediación como alternativas no judiciales de solución a conflictos de tipo comercial. La consistente evolución del

Ley Bancaria de 1970 operada por Decreto Ley N°2 de 22 de febrero de 2008 donde se actualiza el marco legal que rige el Sistema Bancario con el fin de que pueda mantenerse al día en la cobertura de riesgos y se fortalezca la supervisión y regulación exigidos por los estándares internacionales.

²⁶ Cf. I. Gilberto Boutin, “Los poderes de los árbitros frente a la teoría del abuso del Derecho, en el plano del Derecho internacional privado arbitral panameño y comparado”, *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 397–413, esp. 400.

crecimiento económico promueve la creación de más empresas privadas nacionales e internacionales ocupadas en transacciones comerciales incentivadas por la estabilidad jurídica²⁷.

Panamá tras las reformas introducidas en el año 2004 proclamó a nivel constitucional el reconocimiento de que la justicia puede ser administrada por la llamada “jurisdicción arbitral”. Resta aún por resolver cual es el alcance que deben tener los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia arbitral que administran los particulares.

La Constitución, en la cúspide del ordenamiento tiene la misión de habilitar la integración de la función arbitral, de configuración legal, en el seno de una más amplia función jurisdiccional orientada a la defensa de los derechos subjetivos en la realización de la justicia y, en fin, a la preservación de la tutela judicial efectiva mediante una diversidad de procedimientos de configuración legal que comprenden la regulación del arbitraje²⁸. Si la tutela de las garantías fundamentales se extiende a todo el ámbito de la actuación de las personas, incluidos los procesos de naturaleza judicial, ello significa que puede darse también en el campo del proceso arbitral, si en éste se han cometido violaciones a algunos de los derechos que la propia Constitución reconoce y protege. Se produce así un primer punto de contacto entre Constitución y arbitraje. En síntesis, la constitucionalización del arbitraje es en verdad un fenómeno de tutela constitucional de las personas en el proceso arbitral, de la actividad del Estado y sus organismos y de su capacidad para comprometerse a resolver disputas en el arbitraje, del

²⁷ El crecimiento del PIB real por sector económico llegó en el primer trimestre 2011–2012 a los resultados siguientes: explotación de minas y canteras al 27.8%; industria de la construcción 26.4%; transporte, almacenamiento y comunicaciones 13.2%; electricidad, gas y agua 12.1%; hoteles y restaurantes 11.8%; comercio 10.8%; intermediación financiera 9.3%; actividades inmobiliarias 6.3%. <http://www.panamaamerica.com.pa/notas/1551069-arbitraje>

²⁸ A. Hernández–Gil Álvarez Cienfuegos, en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (De Martin/Hierro), Madrid, M. Pons, 2006, p.40.

árbitro que, en cuanto a Juez, queda en un status similar al del Juez estatal y, por último, de las propias Leyes que regulan el arbitraje internacional a fin de determinar si están o no en conformidad con la Constitución.

El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje plantea una dialéctica que ha merecido intensas críticas en la doctrina especializada. La situación es ciertamente compleja por lo que cae considerar que en nuestro medio, la cuestión está necesitada de un profundo debate y reflexión sobre el que abundaremos en la presente tesis de doctorado.

La justicia panameña, tanto constitucional, como ordinaria, a partir de un numeroso elenco de precedentes, que se estudiarán en la presente tesis de doctorado, puede valorarse positivamente en el sentido de conferir grandes posibilidades al crecimiento y auge del arbitraje en Panamá. Por su parte, la legislación vigente, en trance de revisión, permite vislumbrar que el arbitraje en nuestro país sea una importante disyuntiva para la resolución pacífica y rápida de los conflictos que hoy saturan los tribunales de justicia ordinaria, paralizando los procesos e acrecentando los males inherentes a la cultura adversarial. Como veremos en las páginas siguientes, la posición de la Corte Suprema de Justicia de Panamá resulta un fiel espejo de lo que está aconteciendo en nuestro país en el sentido de colocar la institución arbitral el lugar que la propia Ley establece. Y ello aunque no se hayan eclipsado determinados círculos que aún se resisten a consentir en que el arbitraje es un medio alternativo efectivo, construido bajo nuevos lineamientos en torno al acceso a la justicia en los que se prescinde de caducas modalidades de notificaciones personales, de maniobras dilatorias del procedimiento y de la instancia doble, para dar paso a una nueva cultura arbitral. Una cultura basada en el acuerdo y los consensos transaccionales que, proyectados en los laudos, configuran una nueva modalidad forma de acceso a la justicia, y por ende de convivencia democrática en la sociedad globalizada en la que vivimos.

La justicia ha de proporcionar a la sociedad a la que sirve la resolución final, rápida y equitativa de sus controversias y sus operadores han de actuar con independencia, con eficiencia y sobre todo con honestidad e imparcialidad. Unas circunstancias que se proyectan al unísono entre jueces y árbitros, cuya interrelación precisa que los mecanismos alternativos de administración de justicia estén perfectamente conjuntados con los tribunales ordinarios, ensanchando así el espacio a la justicia, porque la justicia y el acceso a ella no es patrimonio exclusivo del poder judicial.

III. Plan de exposición de la tesis

A partir de las consideraciones efectuadas, la presente tesis se estructura en cuatro capítulos. El primero tiene un carácter esencialmente dogmático y aborda las relaciones entre la Constitución y la potestad jurisdicción respecto a su proyección al arbitraje. Comienza con la aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional con algunas referencias al constitucionalismo latinoamericano para desembocar en el estudio del art. 202 de la Constitución panameña. A continuación se detiene en el papel que desempeña la institución arbitral en la configuración constitucional de la jurisdicción en un Estado de Derecho, con especial detenimiento en los límites a la exclusividad de la jurisdicción y en las interferencias de la jurisdicción con otros mecanismos de solución de controversias. Semejante estudio da pie para abordar el juego del arbitraje, en primer lugar, dentro de los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en función de su carácter opcional del arbitraje atendiendo al declive *ratione materiae* de la imperatividad de la jurisdicción; en segundo lugar, en el contexto de la exclusividad de la justicia estatal y, por último, como equivalente constitucional de conformidad con los desarrollos de la jurisprudencia panameña. Se abor-

da, con carácter complementario, el dogma de la autonomía de la voluntad como valor supremo del ordenamiento jurídico y su proyección en los mecanismos de solución de controversias y como instrumento vertebrador del arbitraje. Y el capítulo se cierra con una reflexión, desde la perspectiva del Derecho constitucional panameño, en torno a las relaciones entre potestad jurisdiccional y arbitraje donde se estudia el carácter transitorio y excepcional de las facultades de los árbitros y la imposibilidad de asimilar la actividad arbitral con la jurisdiccional por la ausencia de paralelismos entre ambas y por la ausencia de *imperium* del árbitro, que precisa en el ejercicio de su función el necesario auxilio del juez.

El sistema panameño de arbitraje en el marco constitucional es el objeto del Capítulo II que arranca con el estudio de sus antecedentes, claramente condicionados por la existencia de la jurisdicción marítima panameña y la omnipresencia de la Autoridad del Canal de Panamá y el arbitraje. Continúa el Capítulo con el estudio de los rasgos generales de la ordenación de arbitraje panameño a partir de un arquetipo arbitral que ofrece ciertas particularidades en el contexto comparado, sin alejarse por ello de los estándares internacionales tanto en lo que concierne al procedimiento arbitral, y al auxilio judicial, para concluir con la similitud de tratamiento en lo que concierne al arbitraje comercial internacional. En este contenido se ha considerado abordar con exhaustividad tres cuestiones muy dependientes de la presencia del Derecho constitucional en la materia: los problemas generales y particulares del convenio arbitral, el control del laudo por la jurisdicción panameña y la eficacia de los laudos extranjeros en dicha jurisdicción. En el primer caso, la tesis se detiene en la consideración del contenido y a sus efectos del convenio arbitral deteniéndose en las cuestiones derivadas de su separabilidad del contrato principal y de su eficacia negativa del convenio arbitral. En esta última cuestión el asunto *CCT contra FCC* se ha considerado paradigmático y de gran utilidad para explicar estas cuestiones. En el segundo caso, se

ha intentado establecer una configuración del recurso de anulación en Panamá a partir de una práctica muy copiosa procedente de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Y esta misma técnica se ha seguido el con el estudio de las características del control del juez del ejecutivo en orden a los efectos en Panamá de los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero donde, como en otros sistemas se observa el protagonismo de la vinculación del orden público con la Constitución.

Estos dos Capítulos dan entrada al bloque esencias de la tesis integrado por el estudio de dos problemas que en Panamá han contado con un tratamiento considerable. De un lado, el control de constitucionalidad de la actividad arbitral y, de otro, el arbitraje ante la tutela de las garantías constitucionales.

El primero de estos problemas es objeto del Capítulo III que toma como punto de partida las modalidades del control y la compatibilidad del arbitraje con la exclusividad de la justicia estatal. Aquí la jurisprudencia ha deparado fallos de extraordinaria importancia, sobre todo, respecto de la contrariedad de la declaración de competencia del árbitro con el art. 32 de la Constitución panameña.

La cuestión de la constitucionalización del principio competencia-competencia considerada la Sentencia de la CSJ de 13 de diciembre de 2001 (*Pycsa Panamá, S.A.*) puso a Panamá en el punto de mira de la doctrina arbitral de todo el mundo pues no en vano obligó a modificar la Constitución. No deja de ser una especificidad del sistema panameño que esta regla tenga en la actualidad un rango constitucional.

También la jurisprudencia constitucional panameña ha ofrecido importantes fallos respecto a ciertas cuestiones de inconstitucionalidad derivadas del convenio arbitral, en concreto la inconstitucionalidad, en primer lugar, del acuerdo arbitral previo en los contratos suscritos por el Estado, por las entidades autónomas y

semiautónomas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá, en segundo lugar del convenio de arbitraje inserto en un contrato de adhesión y, por último, de la designación de los árbitros prevista en el convenio arbitral

Los problemas constitucionales derivadas del recurso de anulación también ha sido objeto de una compleja doctrina constitucional en cuyo epicentro se encuentra una cuestión muy polémica en el Derecho comparado cual es la posibilidad de renuncia a la anulación objeto en nuestro país de una declaratoria de inconstitucionalidad operada por la Sentencia CSJ de 7 de octubre de 2005.

El capítulo se cierra con un examen del marco de actuación de la advertencia de inconstitucionalidad en la ordenación del arbitraje que también cuenta con algún precedente abordado por la Corte Suprema de Justicia.

Como se ha indicado la tesis se cierra con el tratamiento de la tutela de las garantías constitucionales en relación con el arbitraje que es objeto del Capítulo IV. En términos generales, puede señalarse tres tendencias en las legislaciones de arbitraje. La primera se observa en los países donde existe un decidido apoyo al procedimiento arbitral y las jurisdicciones se abstienen de intervenir en la labor de los árbitros. La segunda abarca los sistemas donde la jurisdicción ejerce un papel controlador y supervisor detallado a lo que debía unirse la posibilidad de una intervención específica en lo que concierne al recurso de amparo; en concreto, las facultades de supervisión se refieren a cuestiones de carácter jurisdiccional tales como la remoción de los árbitros, la nulidad del auto, o la ejecución del mis. Por último están los sistemas que carecen de una normativa arbitral específica o que cuentan con un modelo totalmente anacrónico. El sistema panameño se engloba dentro de la segunda de estas corrientes. El recurso de amparo en materia arbitral ha desempeñado hasta la fecha un papel protagonista, modelando el sistema y dando solución a algunos tópicos que suelen motivar a las partes a acudir a la jurisdicción parista. Por esta ra-

zón, en la tesis el estudio de las rúbricas características de este sector (arbitraje y tutela judicial efectiva, garantía al debido proceso y tutela arbitral efectiva) desemboca en tratamiento de dos cuestiones diversas, pero complementarias. En primer lugar en el tratamiento de ámbito del recurso de amparo frente a los laudos arbitrales que en Panamá ha suscitado un interrogante esencial a partir de la noción de “servidor público” del árbitro; un interrogante derivado del carácter contradictorio de la jurisprudencia panameña. En segundo lugar, el examen de la acción de amparo contra resoluciones judiciales dictadas en asuntos de arbitraje.

Capítulo I

CONSTITUCIÓN, POTESTAD JURISDICCIONAL Y ARBITRAJE

I. Hacia una consideración constitucional del arbitraje

1. Aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional

A) Una institución constitucionalmente relevante

El arbitraje se cimienta en la voluntad de las partes para resolver un conflicto, existente o futuro, de tal suerte que la cláusula arbitral será su pieza maestra y su razón de ser. La voluntad de las partes pone en marcha tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Por consiguiente, la admisión constitucional del arbitraje debe concebirse como un instrumento complementario de la función jurisdiccional ejercida por los jueces y tribunales, sin que ello implique una suplantación por los árbitros de los órganos judiciales del Estado²⁹. En esta sede, los efectos jurisdiccionales del arbitraje exigen unas garantías y responsabilidades para el árbitro, de proteger el derecho fundamental al proceso debido, consagrado constitucionalmente.

En efecto, si se tiene en cuenta que en virtud de la naturaleza contractual del arbitraje, la voluntad de las partes es la fuente de la

²⁹ *Vid.*, con carácter general, B.M. Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”; *Lima Arbitration*, n° 1, 2006, pp. 185–186.

dimanan los poderes del árbitro también dicha voluntad es constituyente su límite³⁰. De ahí que, el árbitro en el desarrollo de su actividad, deba ser consciente del respeto a las garantías fundamentales de la justicia, dentro de su dispositivo jurisdiccional³¹.

Como afirmase el magistrado Adan Arnulfo Arjona “El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje plantea un campo de tensión que ha merecido intensas críticas en la doctrina especializada”, añadiendo que “Es un asunto que queda por decantar entre nosotros cual es el alcance racional que deben tener los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia arbitral que administran los particulares”³². Para el magistrado el arbitraje es una institu-

³⁰ P. Bernardini, “Les pouvoirs de l’arbitre”, *Mesures provisoires et conservatoires en matière d’arbitrage international*, *Bulletin du CCI*, n° 519, 1993, pp. 22 ss; K.H. Böckstiegel, “Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law*, París, CCI Publs., 1993, pp. 199–207.

³¹ S. Jarvin, “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers”, *Arb. Int’l*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 140–163.

³² Salvamento de voto a la Sentencia CSJ, Sala de Negocios Generales, de 18 de marzo de 2008. De acuerdo con el Magistrado: “Un tema complejo que subyace en la apreciación de las relaciones que pueden trazarse entre el arbitraje y la Constitución Nacional es el que atañe a las corrientes vanguardistas que prevalecen en el pensamiento constitucional contemporáneo y que se inclinan por sostener que los Derechos Fundamentales tienen que ser respetados y son exigibles no solo frente a las autoridades públicas sino también en las relaciones entre los particulares. Esta corriente doctrinal acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales las relaciones públicas y privadas remonta su origen a la elaboraciones surgidas en Alemania en la década del 50 por el jurista Nipperdey cuando ocupaba la Presidencia del Tribunal Laboral Federal y quien a través del término *Drittwirkung* consagró la teoría de la llamada “Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”. Esta corriente reconoce distintos matices puesto que va desde las concepciones más amplias que pregonan una eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, hasta aquellas que defienden una eficacia mediata de estos (cf. A.M. Chocrón Giraldes, *Los principios fundamentales en el arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 226). Según la teoría de la *Drittwirkung* si se acepta que los Derechos Fundamentales, son los valores superiores del ordenamiento hay que reconocer entonces que estos deben tener aplicación directa, como derechos subjetivos en las relaciones entre particulares. Nuestro país con arreglo a las últimas reformas introducidas en el año 2004 proclamó a nivel constitucional el reco-

ción “constitucionalmente relevante”. En términos absolutamente generales, la opción por dirimir una controversia civil acudiendo de común acuerdo a un tercero desprovisto de *potestas* conecta con el principio general de libertad, al igual que con el binomio estado/sociedad, consustancial al Estado constitucional. El arbitraje, por tanto, es constitucionalmente legítimo, lo que implica que el Estado no podría prohibirlo en todo lo que no sea ilícito *ratione materiae*. A otro nivel se situaría el deber positivo del Estado de reconocimiento de cosa juzgada, junto a la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, con el auxilio de su “brazo secular”: en todo caso, la legitimidad constitucional de estas piezas, prácticamente consustanciales al arbitraje, resulta indudable³³. Cabe recordar, siguiendo a A. Bernardo San José, que la cosa juzgada material es uno de los principales efectos de las sentencias firmes que resuelven sobre el fondo u objeto del proceso proyectándose su eficacia hacia procesos distintos de aquél en que la sentencia se dictó.

Dicha proyección puede ser doble: por un lado, negativa o excluyente, excluyendo cuanto antes un segundo proceso con el mismo objeto ya decidido mediante sentencia firme en un proceso anterior y, por otro lado, positiva o prejudicial, vinculando al tribunal de un proceso ulterior entre las mismas partes con objeto conexo, a estar a lo ya decidido si constituye un antecedente o presupuesto lógico de lo que haya de resolverse. Esta doble eficacia que entraña la cosa juzgada material se produce también cuando la resolución firme es un laudo arbitral que se pronuncia sobre el fondo del asunto, pues el art. 33.1º Decreto ley 5/99 atribuye al laudo firme eficacia de cosa juzgada. El laudo, en cuanto realización del fin causal del convenio arbitral, es una decisión irrevocable que pone fin a una parte esencial del procedimiento arbitral, generalmente su

nocimiento de que la justicia puede ser administrada por la llamada “Jurisdicción Arbitral” (cf. art. 202 C.N.)

³³ P. Cruz Villalón, “Métodos alternativos y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 11, 2007, pp. 15–26, esp. p. 20.

parte final. Si dicho procedimiento es expresión de la voluntad de las partes de someter su controversia a la decisión de árbitros, el laudo que contiene esa decisión significa la consecución del fin perseguido por ellas en el negocio jurídico³⁴. Aunque como regla general el laudo se cumple voluntariamente por la parte condenada existen supuestos en que ha de instarse a la jurisdicción estatal para que imponga su cumplimiento con carácter coactivo. Hemos dicho que el laudo pone fin a una parte esencial del procedimiento arbitral, por lo que debe diferenciarse de otros actos emanados del tribunal arbitral que no tienen ese carácter y que suelen calificarse como “ordenanzas procesales”.

Esto significa, por tanto, que el laudo firme, entraña una vinculación jurídica para el juzgador ante el que se incoe un segundo proceso con un objeto total o parcialmente idéntico a la cosa juzgada producida en el primero, obligándole bien a ponerle fin en el caso de identidad de objetos (*non bis in idem*), bien a no resolver en sentido contrario a lo ya decidido en el caso de conexión³⁵.

Por cosa juzgada debe considerarse que se incluye la dimensión formal, que desplegará los correspondientes efectos entre las partes y en el mismo proceso, lo que traerá consigo que el laudo nunca podrá ser modificado a excepción de los supuestos contemplados en la ley y relativos a la corrección, aclaración y complemento del laudo. Pero también la noción de cosa juzgada del laudo ofrece una dimensión material al dar una respuesta en derecho o inequidad sobre el fondo del asunto. De esta suerte la relación resultante desplegará los habituales efectos negativo y positivo inherentes a la noción de cosa juzgada material.

Bien entendido que el carácter de cosa juzgada inherente a una sentencia, al igual que la de un laudo, en el sentido que no tiene la

³⁴ M. Olivencia Ruiz, “El laudo: naturaleza, clases y contenido”, *Arbitraje*, vol. II, n° 3, 2009, pp. 655–674.

³⁵ Cf. A. Bernardo San José, “Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad”, *Arbitraje*, vol. I, n° 1, 2008, pp. 115–138.

intención de afectar los derechos de terceros, sino que sus efectos son relativos para las partes del proceso. A pesar de esto, como efecto natural de la misma tendrá una serie de consecuencias en la esfera jurídica de terceros al tener que respetar lo así decidido³⁶.

B) El arbitraje en el cumplimiento de los objetivos del Estado de Derecho

Pese a su indiscutible desarrollo histórico, y las bondades que ha ofrecido en las distintas etapas en que se ha perfeccionado la consecución del arbitraje, en el sentido moderno de la institución, ha tenido un camino erizado de obstáculos antes de consolidarse en todos los sistemas estatales. Decadencia y resurgimiento han caracterizado la evolución del arbitraje que siempre ha llevado en sí cualidades en transmisibles al proceso judicial. Por eso resulta exagerado considerar el arbitraje como un mero residuo del pasado³⁷.

Su vitalidad deriva de ser el fruto de la obra combinada de las partes en la elección del tercero que va a resolver la controversia. Constituye un lugar común la consideración de que, cuando aparece una controversia, la única posibilidad de resolverla es acudir al poder judicial. Ello implica que es necesario iniciar un procedimiento y que el lapso de tiempo en el que se va a desarrollar será muy largo. No es el momento de explicar la demora que experimentan Panamá y en otros países de América latina en la administración de la justicia. En todo caso la masificación es una de las explicaciones más plausibles de su deterioro. Es muy frecuente escuchar que los magistrados están saturados de trabajo y que por

³⁶ B. Hanotiau, “Quelques réflexions à propos de l’autorité de la chose jugée des sentences arbitrales”, *Mélanges Lucien Simont*, 2002, Bruselas, Bruylant, 2002, pp. 301 ss. D. Hascher, “L’autorité de la chose jugée des sentences arbitrales”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (2000–2002)*, pp. 17 ss.

³⁷ J. Chiovenda, *Principios de Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1922, p. 147.

esa razón no cumplen los plazos legales. Se trata, ciertamente, de un tópico pero que en cualquier caso perjudica grandemente a las partes que han confiado la solución de su controversia a la justicia estatal. Es cierto que desde la perspectiva de la justicia estatal se han buscado, desde hace muchos años paliativos, para solventar esta situación perjudicial para los justiciables, no obstante la creación de nuevos de nuevos juzgados y secretarías, la promoción de jueces, el establecimiento de órganos de control como los Consejo del Poder Judicial no han traído consigo los resultados apetecidos. Los obstáculos con los que choca el justiciable en el sistema de justicia estatal han dado lugar a una marcada tendencia hacia la revitalización de formas alternativas, entre las cuales el arbitraje ha desempeñado un papel muy relevante.

La práctica del arbitraje ha contado en esta materia con una serie de logros muy significativos y esperanzadores. El primero de ellos no es otro que la descongestión de los juzgados y tribunales ordinarios³⁸, permitiendo a los jueces dedicarse a estudiar los asuntos que se le encomienda con mayor rigor. El segundo es permitir a los contendientes racionalizar los costos de su eventual litigio. Si bien cada país posee características concretas en orden a la organización de la justicia, las cuestiones relativas a la administración de los tribunales, independencia de la justicia, capacitación de los jueces, son básicas para una correcta administración de la justicia, una administración de calidad. En muchos países existen grandes dificultades para la creación de un poder judicial confiable, eficiente y ágil.

La cuestión de la ineficiencia del poder judicial es sin duda uno de los motivos por los cuales se han ido desarrollando los últimos años los procedimientos alternativos de controversias, entre

³⁸ M. Londoño Jaramillo, “La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable?”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Medellín)*, vol. 38, n° 109, 2008, pp. 385–419.

los que figura el arbitraje³⁹. Pero no es la única razón. Estos procedimientos alternativos resultan de utilidad por el hecho de ser más aptos y más idóneos para solucionar determinado tipo de conflictos, incluso aunque el poder judicial funcionará a la perfección. Obviamente, en los países donde el poder judicial experimenta una permanente situación de crisis, el arbitraje tiene un atractivo muy poderoso cuál es la de excluir muchas cuestiones litigiosas del poder judicial⁴⁰.

El acceso a la justicia, entendido como derecho fundamental, no es otra cosa que la garantía de la igualdad de trato ante la ley y la no discriminación, que permite a todas las personas entrar a conocer el ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios cercano, debe quedar asegurado a toda la población, pues está vinculado a aspectos básicos de igualdad entre los justiciables⁴¹. En modo alguno puede contemplarse una sociedad

³⁹ Como pusiera de relieve F. De Trazegnies Granda, “El Poder Judicial se ha cerrado sobre sí mismo, se ha aturcido con sus propios problemas y ha perdido de vista que es un servicio público como cualquier otro, y que como tal tiene que dar satisfacción a los problemas de los ciudadanos. En vez de ello, se ha hecho una imagen de su propia función como si esta no estuviera al servicio de este hombre que viene a pedir que se le resuelva su problema concreto, sino dando una abstracta justicia. Es por ello, que actúa más como una orden religiosa hermética que como una empresa de servicios que debe tener la atención puesta sobre todo público. Esto ha llevado a la subsistencia de hábitos mentales y de trabajos totalmente obsoletos, al mantenimiento de procedimientos engorrosos que retardan innecesariamente la justicia, a la utilización de un lenguaje que no entiende el común de la gente al punto que, cuando lee la sentencia, el litigante tiene que preguntarle a su abogado si ha ganado o perdido y el propio abogado no puede encontrar una explicación coherente y transparente de las razones por las que ha ganado o perdido porque la Corte Suprema se pronuncia a la manera de un oráculo, sin preocuparse de fundamentar y explicar su decisión” (cf. *Reflexiones sobre la Sociedad Civil y el Poder Judicial*, Lima, ARA Editores, 1996, p. 58).

⁴⁰ Vid. por todos, A. Zuckerman, “Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure”, en A. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis*, Oxford (1999).

⁴¹ Vid. las Reglas de Brasilia gestadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana, en 2008 que tienen como preocupación central el acceso a la justicia de

que proporcione justicia únicamente para unos pocos y que prive del acceso jurisdiccional a sectores importantes de la población. A diferencia del proceso judicial que es estrictamente formalista el proceso judicial se caracteriza por su eficacia al adecuarse a las necesidades y a las expectativas de las partes. Dejando a un lado la nota de confidencialidad, sobre la que no procede pronunciarse ahora, a ello abunda la posibilidad de que los árbitros puedan dedicar mayor tiempo para resolver el asunto, a que los fallos servir se dicten con mayor rapidez, a que el asunto sea examinado por expertos en la materia, etc. Dentro de los múltiples tópicos que se registran en los tratados dedicados al arbitraje figuran aquellos que consideran que se trata de un procedimiento más rápido que el judicial menos solemne y formalista y más privado o secreto por contraste al proceso estatal. En términos generales el arbitraje garantiza que las materias que sean debatidas por un tribunal arbitral queden dentro de esta serie y no sean objeto de consideración pública, salvo que se produzca algún recurso judicial posterior.

Se asevera también que contribuye abreviar plazos y que tal circunstancia contribuye a favorecer una economía de tiempo y trabajo. Favorece la transacción disminuye la litigiosidad, evita el escándalo de ciertos procedimientos ante la justicia estatal, atempera la confrontación de los litigantes que han perdido el pleito a la vez que dignifica la función del jurista que ha dirigido sus esfuerzos a la solución de la controversia y a la mejora de la sustanciación del procedimiento.

las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, desde la exigencia de que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables. Concretamente, la Regla 43–49 da especial interés al impulso de formas alternativas para la resolución de conflictos, como la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución o tratamiento del conflicto por un tribunal, que descongestionen el funcionamiento de los servicios formales de justicia y faciliten el acceso a la justicia con procedimientos donde los sujetos, especialmente los sujetos vulnerables, tengan un rol activo y participativo.

Debe considerarse, pues, el arbitraje como uno de los principales mecanismos que algunas Constituciones, como la panameña, contemplan como eficaces para la obtención del fin último del Estado de Derecho, siendo éste, la real y material distribución de justicia. La justificación parece clara, aunque no es exacta en todos los casos: como quiera que la justicia impartida por el poder judicial resulta en muchas ocasiones insuficiente e ineficaz, es menester promover mecanismos alternativos de solución de controversias, específicamente el arbitraje con el objeto de eliminar los obstáculos procedimentales que, en sujeción a la normatividad vigente, dificultan el desarrollo del proceso arbitral.

En la consecución del paradigma de una justicia eficaz, los tribunales del Estado juegan un papel significativo, si bien no por ello único y suficiente para alcanzar los resultados pretendidos. La tendencia hacia la jurisdiccionalización de las sociedades modernas a lo largo del siglo XX se ha detenido⁴², imprimiendo la globalización y la modernidad una necesidad imperiosa de buscar nuevos cauces, vías y medios que permitan o disminuir los conflictos de la sociedad, o aprender a gestionar los conflictos, o, por último, solucionarlos de forma lo más pacífica y menos traumática posible⁴³. Frente a la tendencia hacia la jurisdiccionalización de las sociedades a lo largo del siglo XX, la etapa de la globalización y de la modernidad se ha caracterizado por una necesidad perentoria de indagar nuevas posibilidades. El proceso de cambio ha sido significativo y en buena medida las respuestas que aparecen no son otra cosa que la consecuencia inmediata de la realidad existente, tanto social, económica como políticamente establecida.

⁴² S. Barona Vilar, “Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 18, nº 1, 2011, pp. 185–211.

⁴³ B.M. Cremades, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *La Ley*, 1998, 5, D–233, pp. 1535–1537.

2. Inclusión del arbitraje en la Constitución

A) Algunas referencias al constitucionalismo latinoamericano

El reflejo del arbitraje en las Constituciones no registra un denominador común en todos los sistemas jurídicos⁴⁴. Frente a ello, y en términos generales, las Constituciones latinoamericanas siempre han hecho alguna mención, más o menos relevante, al arbitraje. Las primeras referencias al arbitraje remontan incluso a la Constitución española de Cádiz de 1812⁴⁵, uno de los textos precursores del constitucionalismo latinoamericano⁴⁶. Actualmente la inflación de disposiciones constitucionales relativas al arbitraje es considerable. En efecto, las actuales preferencias constitucionales elevan la administración de justicia a la categoría de garantía constitucional de los derechos ciudadanos; creando mecanismos base con el objetivo de forzar a organizar sistemas de ad-

⁴⁴ Aunque la Constitución española de 1978 no haga mención alguna al arbitraje, como sí hemos visto que hacía la de 1812, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones el encaje constitucional de este método de resolución extrajudicial de conflictos. Como afirma J.M. Otero Las-tres, “si la Constitución de 1978 hubiera mencionado expresamente el arbitraje, como hacia la Constitución de Cádiz de 1812, el intérprete no se vería obligado a realizar todos estos esfuerzos para situar al arbitraje en el lugar que le corresponde dentro de la Constitución”, cf. “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Abogados*, 2007, p. 55.

⁴⁵ Art. 280. “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. Art. 281. “La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”. Vid. J.F. Merino Merchán, “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 14, 2012, pp. 33–44.

⁴⁶ Vid. C. Núñez Rivero, J.M. Goig y M. Núñez Martínez, *Derecho constitucional comparado y Derecho político iberoamericano*, Madrid, Editorial Universitas, S.A., 2002, p. 326.

ministración de justicia que comprendan a la totalidad de la población para que tengan acceso real a la justicia. El arbitraje, en cuanto técnica jurídica de composición de intereses encuentra su fundamento en la ensalzamiento constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en sus derivaciones más arraigadas como la tradición privatista, la libertad negocial, la autonomía de la voluntad, y el principio dispositivo en el Derecho de contratos. Dicha superación se acredita, en primer lugar, en que cada vez es más frecuente la referencia directa a este procedimiento de arreglo de controversias en las Constituciones de lo cual América Latina es un ejemplo ilustrativo⁴⁷.

i) Brasil: La Ley de Arbitraje nº 9307 el 23 de septiembre de 1996 se enfrentó al art. 5.XXXV de la Constitución Federal que establece que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judi-

⁴⁷ Con independencia de que más adelante se estudien más pormenorizadamente otros modelos constitucionales latinoamericanos cabe referirse a los siguientes textos: a) Constitución de Costa Rica de 1949, sucesivamente reformada, establece en su art. 43 que “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”. b) Constitución de Ecuador de 1998 también reconoce en el art. 191.3º que “el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos con sujeción a la ley”. c) Constitución de El Salvador de 1983, reformada en 2000, que tras afirmar en su art. 23 la libertad de contratar afirma el derecho de toda persona que tenga la libre administración de sus bienes “de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento”. d) Constitución hondureña de 1982 configura el arbitraje como un verdadero “derecho” constitucional al establecer en su art. 110 una redacción prácticamente similar a la del art. 280 de la Constitución española de 1812 que “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”. Constitución paraguaya de 1992 tras afirmar que la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial reserva en su art. 248.2º “las decisiones arbitrales en el ámbito del Derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas”. *Vid.* con carácter pormenorizado J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje en América latina*, Madrid, Iustel 2008, capítulo IV, esp. nºs 198 ss.

cial la lesión o la amenaza de derechos”⁴⁸. Un precepto autóctono del sistema jurídico brasileño que afectaba directamente al juicio de árbitros por la circunstancia de que este último sólo podrá existir si se excluye de la consideración del Poder Judicial, una lesión de algún derecho individual disponible, porque la ley permite o autoriza esa actividad. Sin embargo la Sentencia del Supremo Tribunal Federal de 12 de diciembre de 2001⁴⁹ confirmó por mayoría de sus miembros la constitucionalidad de la referida Ley de arbitraje ya que los arts. 6 y 7 de la Ley se permitían a las partes deshacerse de sus derechos de suscripción patrimoniales, cuestión que no era contraria al orden público, además de hacer la homologación en Brasil superflua y obligar a las partes a presentar una demanda del tribunal alegando la recuperación de indemnización por daños y perjuicios.

ii) Colombia: frente a la Constitución Política de 1886, que no preveía de manera expresa el arbitraje en su texto, el desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional, que permite, de conformidad con el art. 116 de la Constitución de 1991⁵⁰, la atribución de funciones judiciales a los particulares si bien tal atribución no puede imaginarse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia reconoci-

⁴⁸ S.M.F. Lemes, “Arbitragem. Principios juridicos fundamentais: direito brasileiro e comparado”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 31–57; P.A.B. Martins, “A arbitragem e o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988”, *Revista de Direito Civil* (São Paulo) vol. 20, n° 77, 1996, pp. 110–118.

⁴⁹ STF– SE–5.206, DJU de 12 de diciembre de 2001. Para la doctrina brasileña el fallo antes mencionado constituyó un valioso estímulo para animar a las empresas extranjeras a invertir en Brasil, toda vez que en el pasado estas se negaban a acudir al arbitraje para evitar que la eventual decisión de un árbitro fuera obstaculizada ante el sistema judicial brasileño. *Vid.* D. Estrella Tellini, “Constitucionalidade da Lei brasileira de arbitragem”, *RCEA*, vol. XVII, 2002, pp. 63–74.

⁵⁰ M. Osorio, “Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, *Revista de Derecho Privado*, n° 47, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2012, pp. 1–47.

do a todos los ciudadanos (art. 229)⁵¹. El sometimiento de las desavenencias nacidas en cumplimiento de un contrato, a la decisión de particulares investidos de poderes judiciales es, pues, en Colombia un mecanismo constitucional cuya aplicación ha sido reconocida y respaldada por la jurisprudencia de la Corte⁵². Ciertamente que dicho respaldo ha estado vinculado a la necesidad de salvaguardar la integridad de la jurisdicción ordinaria y asegurar el recto ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos, quienes de manera libre y reflexiva siempre podrán optar por acudir ante la justicia arbitral para la resolución de sus problemas jurídicos (Sentencia C-330 de 2000)⁵³. Se comprende así que cualquier regulación en materia de arbitraje se instituye en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros, al igual que los jueces ordinarios, deben observar con

⁵¹ Cámara de Comercio de Bogotá, “La Constitucionalización del arbitraje”, en: Cámara de Comercio de Bogotá, *Notas de Arbitraje*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2008, pp. 137-172.

⁵² S.I. Strong, “International Arbitration and the Republic of Colombia: Commercial, Comparative and Constitutional Concerns from a U.S. Perspective”, *Duke J. Comp & Int'l L.*, vol. 22, 2011, pp. 47-107.

⁵³ De conformidad con esta decisión, “Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales” (Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

carácter perentorio que la revisión eventual de sus pronunciamientos por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por tanto, no puede decirse que la utilización del arbitraje constituya un atentado al principio que asegura “pronta” y “cumplida justicia” para todos los ciudadanos. A esto debe sumarse el hecho, anteriormente anotado, en virtud del cual, el acuerdo de voluntades del que surge la jurisdicción arbitral, tiene límites bien definidos⁵⁴, puesto que tras la apariencia de un consenso libremente adoptado, no puede entorpecer el acceso a la justicia, el desconocimiento de derechos irrenunciables de alguna de las partes, o la violación de principios esenciales del orden social como la “seguridad jurídica” o la “igualdad de oportunidades”⁵⁵.

iii) Costa Rica: “El arbitraje ha ido tomando gran auge en este país centroamericano dentro del marco de nuestra Constitución Política que contempla una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar más ágil. Conforme a su art. 43 “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”. De la lectura de este precepto la Suprema Corte de Justicia infiere que “es posible concluir lo siguiente: a) la Constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimonial; b) las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa y nunca forzosa, aún habiendo litigio pendiente”⁵⁶.

⁵⁴ T. Giovannini, “Qui controle les pouvoirs des arbitres: les parties, les arbitres ou la Cour d’arbitrage?”, *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 135 ss.

⁵⁵ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-060/01, de 24 de enero de 2001

⁵⁶ Sentencia CSJ nº 6144 de 4 de mayo de 2004. “El art. 43 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona para terminar sus diferendos patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente. El contenido material de este derecho se manifiesta, en primer término, en su condición de derecho potestativo, puesto que nadie puede ser obligado a someterse a un arbitraje si, previamente, no lo ha consentido en el ejercicio de su libertad de contra-

De esta suerte el art. 43 de la Constitución Política establece como derecho fundamental que las partes de un conflicto puedan acudir facultativamente a la vía arbitral debiendo considerarse que el derecho al arbitraje como todo derecho fundamental, no es irrestricto y está sujeto a limitaciones”. La jurisprudencia en su aplicación permite afirmar que en Costa Rica el arbitraje es un derecho de rango constitucional, prevaleciendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo de uso facultativo o voluntario por las personas y empresas que se encuentren en conflicto. En el proceso arbitral deben prevalecer las garantías propias del debido proceso (derecho de defensa, audiencia, igualdad de partes), la imparcialidad del Tribunal, el derecho de recurrir contra el laudo y finalmente, tener derecho a ejecutar lo resuelto por los árbitros, lo cual constituye las bases necesarias para edificar con solidez la institución arbitral⁵⁷.

iv) Ecuador: La introducción de los métodos alternos de solución de conflictos que realizó en Ecuador en la Constitución Política de 1998. Ello dio un respaldo formal sin precedentes al sistema de arbitraje ecuatoriano y a la resolución de conflictos entre el Estado y los particulares, bajo los postulados de la mediación y del arbitraje. Desde este momento, los preceptos de la norma suprema reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la jus-

tación. Es decir, el ciudadano tiene libertad, como derecho fundamental, de escoger la vía por la cual resuelve sus conflictos, por lo tanto, no puede existir una ley o un acto de alcance general que niegue la posibilidad de escoger esta vía de solución alternativa. En segundo lugar, el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respeta la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora” (Sentencia CSJ n° 2005–02999, de 16 de marzo de 2005).

⁵⁷ Cf. A. Fernández López, “Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No 8937 de 2011”, *Arbitraje*, vol. IV, n° 3, 2011, pp. 797–811, esp. p. 800.

ticia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico (art. 191.3º). Más tarde el 20 de octubre de 2008 se publicó en el Registro Oficial nº 449 el texto de la nueva Constitución aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, que entró en vigor en todo el territorio ecuatoriano. La Constitución reconoce el arbitraje nacional y contiene disposiciones para su regulación, pero, sin embargo, lo hace con una perspectiva distinta a la de su antecesora. De la misma forma contempla una normativa específica en relación con el arbitraje internacional y los tratados y convenios internacionales que no resulta beneficiosa para el desarrollo del arbitraje internacional en el Ecuador⁵⁸. La nueva Constitución reconoce expresamente al arbitraje como mecanismo válido para la solución alternativa de conflictos. En efecto, su art. 190 contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV de la Constitución, dispone:

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Esta disposición es similar a la contenida en la Constitución de 1998. Sin embargo, la disposición constitucional en estudio trae dos normas que no constaban en la Constitución de 1998 una de las cuales puede ocasionar más de un problema para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador: (i) La determinación de que los métodos alternativos de solución de controversias “... se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”, y (ii) La necesidad de contar –para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje– con el

⁵⁸ J.M. Marchán, “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 4, 2009, pp.

“...Pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado”.

v) México: En México la compatibilidad del arbitraje con la Constitución Política y, en particular, con lo dispuesto en sus arts 13, 14 y 17 ha suscitado un amplio debate doctrinal por establecer estos preceptos un protagonismo indiscutible de los poderes del Estado para desempeñar la función jurisdiccional en la actividad privada entendiéndose que no es factible dejar a las partes la solución de una determinada controversia; si todos los individuos que se hallen en México cuentan con un derecho inalienable de acceso a los “tribunales”, sobre tal situación no podría prevalecer sobre un pacto que previamente efectuaran las partes de renuncia a la justicia estatal⁵⁹. De esta suerte la recepción del arbitraje comer-

⁵⁹ Vid. el importante estudio de J.C. Fernández Rozas, “La Constitución mexicana ...”, *loc. cit.*, pp. 159–204 con abundantes aportaciones jurisprudenciales. V.gr. en el asunto *Fabián Stepensky e Iliana Stepensky* sobre “un recurso de amparo y protección de la justicia federal con apoyo en los arts. 14, 16 y 133 de la Constitución política como consecuencia de una sentencia [...] dictada en el incidente de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral pronunciado el 26 de julio de 1993 por un árbitro de los Estados Unidos de Norteamérica [...]”. El juez mexicano pronunció sentencia denegando el amparo. “De acuerdo con esta sentencia los arts. 1461, 1462 y 1463 del Código de Comercio no resultaban inconstitucionales ni contradictorios de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución política pues el hecho de que el juez no hubiera tomado en consideración la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales de Montevideo de 1979 no implicaba la inconstitucionalidad del ordenamiento interno en materia de arbitraje [...] la sentencia entendió que la promulgación del Código de Comercio había cumplido con los requisitos que a todo acto de autoridad corresponde, toda vez que fue emitido por autoridad competente, con la debida fundamentación y motivación y, en razón de lo anterior el Código de Comercio se ajustaba a lo ordenado por el art. 133 constitucional. Tampoco consideró inconstitucional el hecho de no haberse tomado en cuenta la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, aplicándose exclusivamente los arts. 1461, 1462 y 1463 del Código de Comercio en atención a la igualdad existente en cuanto a la jerarquía de leyes, ya que el art. 133 de la Constitución no establece preferencia alguna entre las leyes emanadas del Congreso de la Unión y los trata-

cial sería adversa a los presupuestos constitucionales. Y en dicho debate no ha sido ajena la redacción del art. 104 de la Constitución, que atribuye a los Tribunales de la Federación el conocimiento “De todas las controversias de orden civil y criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano”. Como hemos tenido ocasión de adelantar en caso de que dichas controversias afecten exclusivamente a intereses particulares “podrán también conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal”. Los anteriores preceptos han sido enfrentados a la redacción del art. 1424 Ccom a cuyo tenor “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en el que lo solicite cualquiera de ellas...”. Y la tesis resultante de la confrontación podría expresarse en los términos siguientes: si, de acuerdo con los preceptos constitucionales, la competencia en origen para conocer de las materias concernidas por las Leyes Federales, entre las que se encuentra la materia mercantil, incumbe a los jueces federales o de primera instancia del fuero común, la competencia preferente de los árbitros regulada en el art. 1424 Ccom es absolutamente inconstitucional⁶⁰.

vi) Perú: en este país, la institución del arbitraje ha sido considerada constitucionalmente como una jurisdicción de excepción tras la entrada en vigor de la Constitución de 1979 (art. 233, inciso

dos internacionales [...] Recibido el recurso en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esta denegó el amparo (Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 8 de agosto de 1999 (00945/1999-00) *Fabián Stepensky e Iliana Stepensky*), *ibíd.*, pp. 177-178.

⁶⁰ *Vid.* el fallo del Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito (Amparo Directo 2052), de 15 de junio de 1995 que entendió que ninguna disposición permitía a los jueces declinar el conocimiento y la resolución de las controversias privadas en favor de los árbitros designados por las partes por lo formar parte del Poder Judicial Quejoso: *Alvaro López Castro y otros*.

1). Dicho precepto constitucional se ha mantenido, a su vez, en el art. 139, inciso 1 de la Constitución vigente, y ha sido objeto de numerosas decisiones por parte del Tribunal Constitucional que, desempeñando su papel de intérprete máximo de la Constitución, se ha visto obligado a delimitar los perfiles constitucionales y los principios aplicables al procedimiento arbitral, con el objeto de concordar y perfeccionar sus conexiones con el conjunto de órganos jurisdiccionales que, de conformidad con los postulados constitucionales, imparten justicia en el ejercicio legítimo de las atribuciones.

vi) República Dominicana: La Constitución Dominicana establece en su art. 220 la posibilidad de que el Estado y las personas de Derecho público puedan ser sometidas a arbitraje nacionales e internacionales o a jurisdicciones constituidas en Tratados internacionales, textualmente este precepto plantea lo siguiente “En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho público con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, debe constar el sometimiento de estas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República. Sin embargo, el Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley”. Es importante señalar que en el caso dominicano esta inclusión del arbitraje comercial en la Constitución no supone una arma de doble filo como ocurre con otros Estados de la región que han usado la referencia constitucional del arbitraje como una justificación para someter al procedimiento arbitral y a los laudos arbitrales a controles excesivos de constitucionalidad que han resultado ser lesivos para el desarrollo del arbitraje comercial sino que por el contrario en el caso dominicano lo que se ha producido es un reconocimiento y fortalecimiento de esta figura ya que ahora se permite incluso que el Estado o cualquier dependencia de este

pueda ser sometido al arbitraje. Este país se ha incorporado más recientemente a las modernas corrientes favorables al arbitraje como evidencia el contenido de la Ley 489-08 sobre arbitraje comercial⁶¹.

vii) Venezuela: La Constitución incluyó a los medios alternativos de resolución de conflictos en el sistema de administración de justicia, tal como está previsto en su art. 253⁶². Asimismo, el art. 258 del mismo texto determina que la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. La presencia de los medios alternos de justicia, como ya se ha mencionado, tiene su fundamentación jurídico-positiva en el art. 253 de la Constitución

⁶¹ Vid., por todos, J.C. Fernández Rozas y N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2012, p. 96.

⁶² De conformidad con su Exposición de Motivos “(...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (...). Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (...)”. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia “A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos –entre los que se encuentra el arbitraje– al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial” (Sentencia del 17 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Luis Estella Morales Lamuño. Exp. No. 08-0763).

de la República Bolivariana de Venezuela, que al efecto establece: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley, y añade en su párrafo 2ª que “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinan las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. Y en concordancia con la disposición se encuentra el art. 258 del mismo texto fundamental dispone que “La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley”, agregando su párrafo 2ª que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. Puede afirmarse, en consecuencia, que dentro del sistema constitucional de justicia, coexisten e interactúan órganos jurisdiccionales con órganos no jurisdiccionales, de manera que también existe un componente jurisdiccional, sin que por ello deba entenderse que todo elemento del sistema constitucional de justicia deba ser necesaria y forzosamente parte de la jurisdicción⁶³.

⁶³ a Sentencia TSJ n° 1.067/2010 de 3 de noviembre de 2010 (*Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore III A/S.*) reiteró el criterio según el cual la Constitución amplió el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el Poder Judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Dicha ampliación implicó un desahogo para la justicia ordinaria sobrecargada de asuntos pendientes de decisión. Se buscó así, una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, rápida y ajena a formalidades innecesarias. A esa visión objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, el Tribunal añadió una visión subjetiva, considerando que dichos medios, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que contiene el art. 26 de la Constitución. Concluyó entonces, que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz, trajo consigo un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, como lo es el arbitraje (cf. S.C. Figuera Vargas, “El arbitraje comercial internacional y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial: sentencia n° 1.067/2010 de la Sala

B) El arbitraje en la Constitución panameña: el art. 202

En Panamá al igual que en los modernos Estados constitucionales democráticos, la Constitución determina los principios fundamentales para la estabilidad jurídica y la gobernabilidad democrática, regulando tanto el Derecho público como el Derecho privado⁶⁴. Semejante postulado se desprende de una particular concepción del término de “Constitución” entendido no sólo como una norma política, sino también como norma jurídica suprema; esto es, una manifestación del ordenamiento jurídico, pues en ella se localizan las bases constitucionales de todas las ramas del orden jurídico⁶⁵. A partir de aquí, el arbitraje no puede desplegarse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, pues puede ser declarado inconstitucional en tanto que constituye un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de conformidad con la Constitución⁶⁶. La indudable relevancia que ha conseguido este método de solución de controversias aconseja estudiarlo desde una óptica constitucional con objeto de poner de relieve su adecuación a los principios y valores que configura la Constitución panameña y su papel en el meca-

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano”, *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 575 ss., esp. p. 577–578).

⁶⁴ *Vid.*, con carácter general, R. González Montenegro, *El constitucionalismo panameño*, Panamá, Cultural Portobello, n° 435, 2010.

⁶⁵ Desde la perspectiva de la Constitución española de 1998, *vid.* E. García de Enterría, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, n° 44, 1998, pp. 31–44.

⁶⁶ El interés por la dimensión constitucional que ha adquirido la práctica del arbitraje es relativamente reciente. Eso explica la omisión de preocupaciones sobre este fenómeno en los estudios tradicionales de Derecho constitucional. *Vid.* C. Larroumet (dir.), *Constitucionalización del Derecho Privado*, Association Andrés Bello des juristes francolatino-américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

nismo de garantías constitucionales y de control de la constitucionalidad que corresponde a los tribunales panameños y, en particular, a la Corte Suprema de justicia. Dicho en otros términos, es preciso delimitar los contornos constitucionales y los principios aplicables a la práctica del arbitraje con el objeto de verificar su relación con los órganos jurisdiccionales que administran justicia en el ejercicio legítimo de las facultades que les han sido constitucionalmente dispensadas.

El mensaje de la Constitución panameña es claro: la jurisdicción es una y exclusiva, y lo más importante, le pertenece al Estado. En otras palabras, es el Estado el único y exclusivo encargado de administrar justicia a través de sus tribunales ordinarios. Excepcionalmente, también se puede administrar justicia con independencia de los tribunales ordinarios, en dos casos: uno de ellos es el arbitraje. Puede sostenerse en rigor que pese a que el arbitraje sea un mecanismo de solución de controversias independiente a la de los tribunales de justicia del Estado, constituye constitucionalmente una administración de justicia oficial, pues está oficialmente reconocida como tal. Por consiguiente participa en los postulados de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional del Estado.

En este contexto, cabe resaltar el planteamiento de gran parte de las Constituciones de América latina que confieren un tratamiento al arbitraje como una jurisdicción de naturaleza excepcional, y en especial en Panamá donde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, en reiteradas sentencias, ha reconocido y subrayado que el arbitraje goza de independencia jurisdiccional, lo que en cualquier caso no ha de considerarse como un procedimiento que desplaza o sustituye al Poder Judicial, sino como una opción que perfecciona el gobierno de la administración de justicia, en beneficio de los operadores jurídicos para la solución pací-

fica de sus conflictos⁶⁷. En este sentido, el máximo intérprete de la Constitución se ocupó de resaltar la existencia de la jurisdicción arbitral y la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas al dominio arbitral, sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial durante su desarrollo.

A este respecto, tras afirmarse que la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial⁶⁸, art. 202 de la Constitución de Panamá determina que: “La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley”.

El texto ha recibido distintas lecturas entre las que se halla la consideración de que como consecuencia de la modificación del

⁶⁷ Este es la misma solución que la adoptada en Venezuela. En concreto, la Sala Constitucional ha señalado que el arbitraje es parte integrativa del sistema de administración de justicia. Así, en el caso *Hildegard Rondón de Sansó y otros* se recordó que los procedimientos arbitrales: “(...) no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, —en el caso del arbitraje, el laudo arbitral— y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no por ello pertenece al Poder Judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)”. Sentencia de la Sala Constitucional SC del TSJ n° 1541, de 17 de octubre de 2008, referida a la interpretación del art. 258 de la Constitución de 1999. *Vid.* H. Díaz-Candia, “La conciliación y el arbitraje comercial en el contexto de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela”, *Arbitraje*, vol. IV, n° 3, 2011, pp. 905 ss, esp. pp.911–912.

⁶⁸ Al igual que muchos Estados de América Latina ha modificado sus Constituciones para fijar el modo de gobierno de su Poder Judicial creando Consejos de la Magistratura destinados a gobernar sus ramas judiciales. *Vid.* F. Carrillo Flores, “Los retos de la reforma de justicia en América Latina”, *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Santa Fe de Bogotá, abril de 1999, p. 39 ss.

art. 202 de la Constitución en el año 2004, donde se incluye al arbitraje como una real y efectiva jurisdicción especial. Este aserto ha sido seguido por la CSJ en el asunto *Servicios y Recreaciones, S.A.*,

“Siendo el arbitraje una jurisdicción por mandato constitucional de conformidad con el art. 202 de nuestra Constitución Nacional, los tribunales arbitrales poseen la atribución de resolver las controversias sometidas por las partes a su decisión, siempre que sean arbitrables de acuerdo a la ley, es decir que, se les ha otorgado facultades propias para llevar a cabo el trámite o sustanciación del proceso hasta su conclusión, dando como resultado el laudo arbitral el cual será ejecutado al igual que una sentencia judicial”.

En esta sede de doctrina constitución no estaba claramente determinado si el Tribunal arbitral podía no sólo decretar medidas cautelares, sino también practicarlas. Sin embargo en la actualidad se cuenta, con un respaldo de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que permite ratificar este aserto. En concreto en el referido asunto *Servicios y Recreaciones, S. A.*,

“Esta jurisdicción delegada a los árbitros no sólo alcanza a la solución del conflicto sino también las cuestiones accesorias de aquélla, pues pese a que carecen de *imperium* para ejecutar cualquier medida coercitiva como es la ejecución de medidas cautelares o precautorias, dado que el *coercio*, es decir, el uso de la fuerza, le pertenece únicamente al Estado; poseen *iudicium* es decir, la facultad para sustanciar o decidir las causas litigiosas, por lo que, están facultados para examinar la conveniencia o no de la aplicación de la medida cautelar.

De lo expuesto se infiere que, los árbitros gozan de competencia para decidir sobre las controversias surgidas entre las partes y pueden adoptar medidas cautelares dentro del proceso arbitral, como así lo establece el art. 37 del Decreto Ley N° 5 de 1999, las cuales serán ejecutadas por el juez de la jurisdicción ordinaria quienes constituyen auxiliares de la jurisdicción arbitral.

Por otro lado, si la medida precautoria es solicitada por las partes previo a la solicitud de arbitraje, no implica una renuncia al proceso arbitral o la invalidez de la cláusula arbitral, pues el proceso principal sigue siendo competencia exclusiva de la esfera arbitral, de manera que los árbitros están facultados para pronunciarse no sólo sobre el fondo de la

controversia sino sobre las medidas cautelares impuestas y que acompañan el proceso principal, bien sea para mantener su aplicación o dejarla sin efecto, atendiendo a lo preceptuado en las normas legales que rigen la materia, como aconteció en el presente caso”.

En efecto, es muy importante esta confirmación del poder cautelar de los árbitros en el sentido de que éstos pueden verificar los presupuestos procesales para otorgar la cautela, e incluso resolver lo atinente a su oposición.

Es de esperar que en fallos futuros de la CSJ quede más claramente determinada esta importante función arbitral, que ha recibido un nuevo impulso en muchos países y que se refleja en la modificación operada en la Ley Modelo Uncitral de 2006⁶⁹. Puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras de la jurisdicción estatal por cuanto los panameños pueden optar libremente por someterse indistintamente a la justicia estatal o al arbitraje, lo cual lleva a la conclusión de que tanto los órganos jurisdiccionales estatales como los árbitros podrán adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un arbitraje en el que aún no se ha pronunciado un laudo⁷⁰.

⁶⁹ <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/A1S.pdf>.

⁷⁰ Los preceptos de la LMU que fueron revisados por la Uncitral en el último periodo, están relacionados con: la aplicación de las disposiciones de la Ley, el origen internacional y los principios generales, la definición y forma del acuerdo de arbitraje y, por último, las medidas cautelares y órdenes preliminares. Los preceptos revisados de la Ley, aprobados a finales de 2006, son los siguientes: art. 1.2° (ámbito de aplicación de la Ley), art. 2.a (origen internacional y principios generales), art. 7 (definición y forma del convenio arbitral) art. 17 (que integra un Capítulo IV A relativo a medidas cautelares y órdenes preliminares) y art. 35.2° (idioma del laudo a los efectos de su reconocimiento y ejecución); J.L. Siqueiros, “La Cnudmi modifica su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 511–516.

II. Configuración constitucional de la jurisdicción y papel del arbitraje

1. Alcance de la prerrogativa estatal de la jurisdicción

A) Incardinación de la jurisdicción en un Estado de Derecho

La noción de Estado de Derecho no puede estar desligada de algunas ideas centrales, sin las cuales, el Estado carecería de tal atributo. La obligación del Estado se orienta al aseguramiento de una libertad autónoma y una libre elección individual y dicho aseguramiento se asocia con la determinación de límites a su propia jurisdicción y, en consecuencia, la limitación de su esfera de intervención en los asuntos vinculados a la actividad privada.

Entre sus múltiples facetas las Constituciones se suministran los mecanismos que permiten a las sociedades darse y mantener su propio *status iure*. De una parte incorporan la declaración jurídico política de fundación del Estado mismo y, de otra parte porque instituyen la fuente directa de la jurisdicción. De ello se ocupa la Constitución panameña a través de una serie de disposiciones fundamentales que configuran el edificio constitucional sobre el que se sustenta todo el sistema que envuelve al ejercicio de la facultad jurisdiccional⁷¹. Un sistema que pone a disposición del Estado la tutela de intereses jurídicos que los sujetos de derecho no hayan podido satisfacer mediante algún otro de los medios no jurisdic-

⁷¹ El principio de la supremacía constitucional es el fundamento mismo del Derecho Procesal Constitucional. *Vid.* R. González Montenegro, *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Panamá, 2002, p. 28

cionales previstos por el orden jurídico nacional. La Constitución puede considerarse desde dos perspectivas: como norma política o como norma jurídica suprema. Desde esta dimensión es la manifestación del ordenamiento jurídico, pues de ella se emanan las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho⁷².

Junto a ello las Constituciones acostumbran a reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado⁷³ constituye el soporte estructural de todo el edificio constitucional en nuestro país, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. No en vano el art. 17.2º de nuestra Constitución afirma que, “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”⁷⁴. En tal sentido, el arbitraje no puede desarrollarse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, pues podría ser declarado inconstitucional y ello porque este me-

⁷² E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 63; I. de Otto y Pardo, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 11–23.

⁷³ J. González Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986. p. 25.

⁷⁴ Semejante concepción es aceptada en América Latina, pudiendo establecerse como ejemplo la Constitución de Brasil de 1988, art. 1º señala que la República Federal de Brasil tiene como fundamentos...III la dignidad de la persona humana”; la Constitución de Colombia de 1991, art. 1º, prescribe “Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”; la Constitución Chilena, en su art. 1º determina: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; la Constitución Peruana de 1993, en su art. 1º, señala “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; la Constitución de Honduras de 1982, art. 5º, precisa: “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; la Constitución de Guatemala de 1985 establece en su art. 1º “Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

canismo de solución de controversias no es un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de acuerdo con la Constitución. Precisamente el arbitraje instituye un medio de arreglo de controversias fundado en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados que, constitucionalmente, les vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento que se contempla en el preámbulo de la Constitución panameña y que se proyecta con una eficacia transcendente⁷⁵.

La inserción de la jurisdicción en el Estado de Derecho es de trascendental importancia en un sistema político que aspira a regular razonablemente el ejercicio del poder con referencia a los principios de separación de poderes, democrático y de legalidad⁷⁶; y ello porque se le confiere de manera exclusiva el control último de la vigencia de la legalidad, la jerarquía y de la coacción estatal. Desde el punto de vista subjetivo, la “jurisdicción” consiste en el conjunto de órganos que administran justicia en un país determinado, y, en este sentido, se distinguen del Gobierno y de la Administración por una parte, y del Poder Legislativo por otra. Desde un punto de vista objetivo, es decir, si se considera la jurisdicción como función estatal, ésta consiste en una actividad específica que tiende a satisfacer pretensiones a través de los correspondientes cauces procesales⁷⁷.

⁷⁵ Vid. para el sistema español, F. Rubio Llorente, “La libertad de empresa en la Constitución”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (L.J. Iglesias Prada, coord.), vol. 1, Madrid, Civitas, 1996, pp. 431–446.

⁷⁶ J.U. Carmona Tinoco, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, n^{os} 7–8, 2007, pp. 175–211.

⁷⁷ L.M. Díez-Picazo, *La jurisdicción en España: Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994, p. 12. El Poder Judicial a diferencia de los otros poderes del estado, no está formado por un único órgano o por una pluralidad de órganos que actúan de manera unitaria, sino que se trata de un complejo orgánico policéntrico y descentralizado.

La función genérica de la jurisdicción consiste en la solución de los conflictos, intersubjetivos y sociales, a través de la aplicación del Derecho objetivo y dicha actividad se concreta en la protección de los derechos subjetivos, en el control de la legalidad y en la complementación del ordenamiento⁷⁸. Bien entendido que semejante actividad de aplicación del Derecho no es privativa del Poder Judicial, pues también con el arbitraje pueden solventarse las controversias a través de la aplicación del Derecho. Es cierto que los árbitros, una vez constituidos, se comportan como verdaderos titulares de jurisdicción, en la forma y en la medida en que las partes les sometieron la solución del conflicto. Mas las divergencias entre sendos procedimientos heterocompositivos son especialmente relevantes, sobre todo en lo que concierne a los laudos “en equidad”, posibilidad que no resulta de recibo en las sentencias pronunciadas en por la jurisdicción toda vez que, como consecuencia de la sumisión del juez a la ley y al Derecho, la generalidad de las controversias han de ser resueltos en todo caso por la jurisdicción mediante la aplicación del Derecho. Si la función estructural de la justicia estatal, en el Derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y éstos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal. No se trata de otra justicia. Se trata de la misma con otros actores principales (árbitros), pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver. Además, la sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros, a la que se someten las partes interesadas, sólo será eficaz y válida si se cumplen estrictamente los requisitos legales y convencionales establecidos, pues únicamente dentro de esos límites se desarrolla la potestad arbitral.

⁷⁸ V. Moreno Catena, V. Cortés Domínguez y V. Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª ed., Madrid, Colex, 2000, pp. 17–43.

La jurisdicción en tanto que “poder hacer” que se atribuye a un ente determinado, poder de ejercitarse “válidamente” esto es, no puede exceder del marco jurídico del sujeto involucrado, por lo que lleva aparejado en un poder de actuar según o conforme al Derecho. Presenta, además, una serie de notas. En primer lugar, es autónoma, habida cuenta que cada Estado la ejercita como manifestación de su soberanía. En segundo lugar es independiente con relación a los otros órganos del Estado y a los particulares. Por último, es única, en el sentido de que solo existe una jurisdicción del Estado, como función, derecho y deber de este. La unidad y la exclusividad se insertan propiamente en diversos órganos estatales que ejercen legítimamente jurisdicción aunque, lógicamente, con especial referencia al Poder Judicial.

Por lo general se habla de “exclusividad” de la jurisdicción, lo que significa que sólo los órganos del Poder Judicial pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con exclusión de cualquier otro órgano del Estado. Se trata de evitar la evicción de los mecanismos de imparcialidad e independencia de los Tribunales ordinarios mediante la técnica legislativa de sustraer determinadas materias a los Tribunales y asignarlas a órganos administrativos⁷⁹. Para evitar esto se consagra el postulado de la exclusividad de la Jurisdicción⁸⁰. Hablando con propiedad no es de todo correcto en la

⁷⁹ D. Lovatón Palacios, “Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales”, *Pensamiento Constitucional*, año VI, n° 6, 1999, pp. 595–607.

⁸⁰ El principio de exclusividad en algunos ordenamientos jurídicos forma parte del principio de unidad. Dichos principios de unidad y de exclusividad jurisdiccional constituyen en rigor dos caras de la misma moneda, por lo que resulta algo difícil su distinción. Ambos son directamente tributarios de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales diversos. En efecto, si bien puede hablarse con propiedad de un monopolio estatal sobre la jurisdicción, no puede afirmarse lo mismo del Poder Judicial, que ejerce exclusividad pero no monopolio sobre dicha potestad. En esencia, el principio de exclusividad afecta, por una parte, al status jurídico de los magistrados y, por otra, al funcionamiento mismo del órgano que desempeña la jurisdicción ordinaria. *Vid.* J.

materia que estamos examinando aludir a la exclusividad de la jurisdicción en relación con los modelos de administración de justicia. Mejor es hablar de una concurrencia de estas alternativas jurisdiccionales, que poseen una finalidad común, cual es la contribución al restablecimiento de la paz social que ha sido perturbada por las diferencias de los particulares. A partir de aquí es más fácil explicar la inexistencia de una situación de conflictividad en las relaciones entre la justicia estatal y la justicia arbitral⁸¹; la consecución de la paz social como objetivo incuestionable de ambas mecanismos, se obtiene únicamente mediante el atento equilibrio de su interdependencia⁸².

B) Límites a la exclusividad de la jurisdicción

La palabra jurisdicción proviene del latín *ius* (derecho) *dicere* (decir), decir el derecho, en otras palabras, jurisdicción significa declarar el derecho⁸³. Por un lado, es una función de la soberanía del Estado, y por tanto, exclusivamente suya; de otro lado, es una expresión de la función pública que se ejerce por los órganos competentes del Estado, de conformidad con lo establecido en la ley. Semejante función a través del acto de juicio condiciona el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus controversias de relevancia jurídica, a través decisiones con autoridad de cosa juz-

Montero Aroca, “La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial”, *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, pp. 125–152.

⁸¹ P. Bernardini, “Justice arbitrale, tribunaux étatiques et législation”, *Arbitrage sur le prochaine décennie*, Suplemento especial del *Bull. CI Arb. CCI*, 1999, pp. 13 ss.

⁸² J.F. Merino Merchan, “El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado”, en *Actualidad y Perspectiva del Derecho Público a fines del siglo XX (Homenaje al Prof. Garrido Falla)*, Madrid, Univ. Complutense, 1992, pp. 1070 y 1075.

⁸³ *Vid.*, por todos, V. Fairén Guillén, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990, p 345.

gada, eventualmente factibles de ejecución⁸⁴. Puede ser definida como el poder judicial, integrado por jueces y magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional⁸⁵ y, en consecuencia, expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico⁸⁶. Nos hallamos ante un sub-poder de configuración constitucional que se manifiesta a través de un sistema integrado con elementos interdependientes, relacionados entre sí, que funcionan como un todo invariable e intrínseco. Dicho sistema integrado no es separable del poder jurídico de los sujetos de la acción, y ambas, acción y jurisdicción sólo se expresan a través del proceso, con manifestaciones distintas, particulares de cada uno de dichos poderes, por medio de los actos procesales en los que concurren o participan, a manera de potestades y deberes, si se trata de la jurisdicción, o de facultades y cargas, si se trata de los sujetos de la acción

En otros términos, la jurisdicción es la potestad del Estado de administrar justicia y la exclusividad de la potestad jurisdiccional atribuida a los juzgados y tribunales conlleva un principio de mo-

⁸⁴ N. Alcalá-Zamora y Castillo, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945–1972)*, t. I, México, Unam, 1992.

⁸⁵ La noción de potestad denota una habilitación normativa para dictar cierto tipo de actos, si no siempre de interés público, sí al menos de interés supraindividual, v.gr., la patria potestad, mientras que la noción de función se refiere, más bien, al contenido o la finalidad de esos actos. Vid. S. Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires, 1964, pp. 297 ss.

⁸⁶ Desde el punto de vista funcional, el Poder Judicial se caracteriza por ejercer determinadas atribuciones o actividades estatales, que pueden resumirse con la noción de “potestad jurisdiccional”. Vid. L.M. Díez-Picazo, “La potestad jurisdiccional: características constitucionales”, *Parlamento y Constitución*, 1998, n° 2, pp. 67–77.

nopolio estatal de la jurisdicción⁸⁷. Como puede observarse, la administración de justicia pertenece exclusivamente al Estado, quien ejerce la potestad jurisdiccional mediante sus órganos judiciales⁸⁸. La jurisdicción, en sentido estricto, consiste en el ejercicio de una función cuyo objetivo es solucionar pacíficamente los conflictos sometidos a la decisión de un órgano que tenga competencia para resolverlos⁸⁹. Según esta acepción la palabra “función”, se está refiriendo en concreto a la función jurisdiccional que implica la función de juzgar y la consiguiente declaración de derechos y a la ejecución del fallo que de ella derive. Por su parte la referencia a los “conflictos”, comprende los hechos invocados y la reclamación solicitada. Finalmente, la alusión al “órgano competente”, que se refiere más propiamente a la autoridad competente de la causa, determinado por Ley, con base en la Constitución.

C) Interferencias de la jurisdicción con otros mecanismos de solución de controversias

La interacción de la jurisdicción con los otros poderes del Estado, y los eventuales conflictos en el ejercicio de la función jurisdiccional con dichos poderes, señaladamente del ejecutivo, nos lleva a la compleja cuestión de la reserva de jurisdicción. Una cuestión que se identifica con el principio de exclusividad⁹⁰. Como es bien sabido en algunos sistemas la jurisdicción no sólo es ejercida por el Poder Judicial⁹¹ sino que también es desempeñada-

⁸⁷ M. Ortells Ramos “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución de 1978”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, nº 3, 1984, pp. 415–458.

⁸⁸ M.L. Escalada López, “La transcendencia de las normas determinadoras de la jurisdicción y competencia”, *La Ley*, nº 7633, 2011.

⁸⁹ J.R. Caivano, *Arbitraje*, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 92.

⁹⁰ L. Díez-Picazo, *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, 1994, p. 10.

⁹¹ El término “Poder Judicial” puede utilizarse principalmente en dos sentidos. en unas ocasiones como sinónimo de función jurisdiccional y en otras para designar el conjunto de órganos judiciales a los que se atribuye el

por otros órganos autorizados constitucionalmente que actúan con independencia e imparcialidad y cuyas resoluciones están adornadas de una total irrevocabilidad en su ámbito de competencia. Las fórmulas heterocompositivas vienen determinadas por el arbitraje y el proceso jurisdiccional y en ellos tanto el árbitro y como el juez imponen, en virtud de su autoridad, que dimana bien de la potestad jurisdiccional, bien de un contrato de arbitraje previamente suscrito por las partes, la solución definitiva e irrevocable a las partes en litigio⁹². Adelantemos ahora que el arbitraje es la institución de Derecho privado por la que los litigios, por voluntad de las partes, son distraídos a la justicia estatal para ser zanjados por individuos recubiertos de una cierta potestad para juzgarlos⁹³.

El origen del arbitraje es un convenio privado en virtud del cual las partes que lo han suscrito expresado de manera inequívoca su consentimiento para someter las controversias que puedan surgir o que ya hayan surgido a un tercero independiente e imparcial, de conformidad a la autonomía contractual, aunque siempre de-

ejercicio de aquella actividad, es decir, para calificar a todo un dispositivo orgánico del Estado que constituye un orden independiente y relativamente autónomo de los otros poderes del Estado. Cf. J. Borrell Mestre, “Algunas consideraciones sobre el Poder Judicial”, *Constitución y justicia constitucional. Jornadas de Derecho constitucional en Centroamérica*, Barcelona, Agència Catalana de Cooperació al desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008, pp. 49–70, p. 50.

⁹² Para L.M. Díez Picazo, son tres los rasgos adicionales que caracterizan a la potestad jurisdiccional: 1) debe resolver los litigios con sujeción a las normas jurídicas, de tal forma que se trata de una actividad eminentemente aplicativa del Derecho; 2) debe abarcar no solo el juzgamiento, sino la ejecución de lo juzgado, no en cuanto a su directa intervención en ello, sino en su competencia para retener el control último de la ejecución de sus resoluciones; y, 3) se trata del ejercicio de *imperium* que conlleva una situación de supremacía sobre todos aquéllos —particulares y autoridades— cuyas situaciones subjetivas son objeto de juicio, los cuales les quedan jurídicamente sometidos a lo que unilateral e imperativamente resuelva el órgano judicial. Cf. *Régimen constitucional del Poder judicial*, Madrid, 1991, p. 23.

⁹³ Vid., con carácter general, J. Robert, *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 2º ed., París, Sirey, 1955, p. 7; *id.*, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 5ª ed., París, Dalloz, 1983, p. 3

entro de los límites impuestos por la Ley. En consecuencia se vulnerará el derecho a la tutela judicial cuanto se somete a una parte a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello. Semejante involucración de las partes, en la resolución de las posibles controversias da lugar a una expectativa en la eficacia del resultado más amplio que el que se conseguiría por medio de una sentencia emitida por un juez. Nos hallamos ante un método heterocompositivo para solucionar confrontaciones de carácter jurídico en el sentido de que el árbitro, en tanto que tercero imparcial, es a quien corresponde solucionar el conflicto y no a los propios afectados. Ello sin olvidar que es un cauce ágil y rápido que busca que la respuesta se produzca en el momento oportuno, y que esa respuesta sea la más acomodada a las necesidades de los operadores jurídicos⁹⁴. Su sustento es la libertad y en la autonomía de la voluntad de los particulares⁹⁵, en consecuencia, únicamente los titulares de los derechos subjetivos privados están en posición de disponer de ellos realizando, modificando o extinguiendo las relaciones jurídicas. Por esa razón la sumisión a arbitraje ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones⁹⁶.

Me parecen esclarecedoras las palabras de J.C. Fernández Rozas cuando señala que “el arbitraje llega exclusivamente hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propie-

⁹⁴ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, p. 372

⁹⁵ M. Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid-Barcelona, M. Pons., 2004, p. 43.

⁹⁶ Cf. la Sentencia del Tribunal Supremo español de 31 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5217).

dad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad”⁹⁷.

El proceso judicial y el arbitraje disfrutan de unas raíces históricas comunes ligadas al nacimiento del Estado. De ello sedesprende que el proceso, en tanto que instrumento de la jurisdicción para la resolución de la controversia, está firmemente vinculado a la existencia del Estado. La jurisdicción y el proceso no pueden concebirse sin una mínima organización estatal, por esta razón históricamente a las partes debían acudir al concurso de soluciones autodefensivas, autocompositivas o, a lo sumo, arbitrales, para resolver sus conflictos pero nunca al proceso. Pese a esta notoria diferencia, arbitraje y proceso no son en modo alguno, en el marco de la resolución de los conflictos de carácter privado, mecanismos sino que por el contrario actúan de manera claramente complementaria⁹⁸.

La presencia de fenómenos como la lentitud y carestía de la justicia civil, unidos a uno supuesto exceso de trabajo de los tribunales, aconseja al Estado a potenciar este “equivalente jurisdiccional”, como se ha denominado al arbitraje. No en vano los laudos arbitrales alcanzan de los mismos efectos que las sentencias y acostumbran a emitirse en un lapso más corto de tiempo. Si atendemos al incremento que ha experimentado este mecanismo de resolución de controversias, resulta oportuno considerar el arbitraje desde una perspectiva constitucional, que posibilite la acomodación de dicha institución a los postulados, valores y principios de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Con este motivo, si bien puede hablarse con evidente razón de un monopolio estatal sobre la jurisdicción, no puede predicarse lo

⁹⁷ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, n° 19, 2005, p. 59.

⁹⁸ A. Romero Seguel, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n° 2, 1999, pp. 404–433.

propio del Poder Judicial, por cuanto éste ejerce exclusividad pero no monopolio sobre dicha potestad. Al arrogarse el Estado el monopolio jurisdiccional, el arbitraje se aparece como una alternativa a la acción estatal y por este motivo se reclama, como un elemento imprescindible para su desarrollo, la voluntad armónica de las partes en litigio para conferir a unos terceros, calificados como árbitros, la solución concreta su un determinado litigio, con todo lo que esto supone de menoscabo para el régimen competencial a la propia jurisdicción. A partir de aquí cabe aseverar que la administración de justicia puede desarrollarse tanto en el ámbito privado, a través de la autonomía privada de partes por medio de la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, como en el público, por el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado bajo modos. Sostener que la administración de justicia se realiza de manera única y exclusiva a través del Poder Judicial no es de recibo pues implica desconocer otras expresiones válidas de solución de conflictos que se contempla en los diversos ordenamientos jurídicos, incluido el panameño.

2. El arbitraje y los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

A) Carácter opcional del arbitraje

La función jurisdiccional se ejerce por órganos del Estado en tanto que la función arbitral es desarrollada por terceros elegidos por las partes entre particulares. La función jurisdiccional sólo puede ser ejercida por órganos estatales, pues es precisamente la soberanía del estado la que determina que si al órgano único e idóneo que pueda, mediante la actuación de la ley, mantener la vigencia de un orden social⁹⁹. Dicha función jurisdiccional emana

⁹⁹ Como afirma N. Alcalá Zamora “es preciso que el tercero que resuelve el conflicto, sea imparcial, más fuerte que las partes entre sí enfrentadas; para que llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente frente a todo

de la soberanía del estado mientras que la función arbitral emana de un convenio entre particulares. El juez ejerce esta función porque en virtud de la *potestas* del Estado contribuye a asegurar el cumplimiento del derecho dentro de una sociedad; por el contrario el árbitro ejerce su función porque las partes así lo determinan, estando obligado en virtud de un contrato privado. En consecuencia en el arbitraje desaparece el concepto de competencia. Si el juez por el simple hecho de serlo está investido del atributo jurisdiccional y como tal es competente para conocer de unos casos y declinar su competencia en otros, el árbitro actúa tan sólo en el ámbito de lo que las partes le han conferido para resolver su controversia que únicamente podrá conocer y resolver lo expresamente señalado por las partes; por ello siempre será competente, siempre que la materia sea habitable, pues es el único que puede, por estar obligado contractualmente, a resolver la controversia planteada. El árbitro no posee la totalidad de los atributos que la generalidad de la doctrina procesalista considera que integran la noción de jurisdicción, pero tiene algunos de ellos: a) la facultad de conocer el conflicto suscitado; b) la facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de seguir el proceso en rebeldía y c) la facultad de sentenciar, o mejor dicho, de laudar. Frente a la amplitud de la función jurisdiccional las facultades de los árbitros no abarcan a todo tipo de litigios, cuestión ésta que nos conduce al apartado de la arbitrariedad de la controversia¹⁰⁰.

Desde una óptica constitucional, el hecho de que la institución arbitral se haya configurado como una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la potestad jurisdiccional suscita una importante cuestión en orden al sustrato de la legitimación de los árbitros para dirimir, de manera definitiva, los litigios sometidos a su consideración. Porque aunque, la Constitución proclama los

caso de desobediencia” (cf. *Autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1970, p. 14).

¹⁰⁰ A. Romero Seguel, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *loc. cit.*, pp. 404–433.

principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que dan la impresión de que únicamente existe un sistema jurisdiccional unitario, tal proclamación no puede conducir a afirmar que el Poder Judicial es el único encargado de desempeñar función. La denominada “dimensión” objetiva del arbitraje no hace sino reconocer que esta figura goza del reconocimiento constitucional como una suerte de “jurisdicción independiente”. De ello se infiere que las facultades conferidas a los árbitros y a las partes en el ámbito de un procedimiento arbitral no pueden ser ejercidas de manera arbitraria, con desconocimiento de las normas constitucionales, y totalmente disociadas del respeto de los derechos fundamentales.

El principio de unidad jurisdiccional posee dos significados diversos: uno de carácter material que apunta a la exigencia de juez ordinario y otro de carácter orgánico, que deriva de la exigencia de unidad organizativa de los de juzgados y de tribunales¹⁰¹. A partir de esta doble consideración, los órganos jurisdiccionales no judiciales comportan una excepción al componente orgánico de la unidad pero no al material. Los principios de unidad y exclusividad, en función de su carácter complementario, están profundamente trabados y ambos conforman un todo armónico, pero existen diferencias sustanciales entre ellos pues el primero se desarrolla *ad intra*, esto es, en el seno del órgano jurisdiccional asegurando la unidad orgánica del sistema, en tanto que el segundo actúa *ad extra* defendiendo sus dominios contra intromisiones estatales o extraestatales. En todo caso de su conjunción se infiere la prohibición de fueros especiales, aunque por razones distintas. El primero quebraría garantía del juez ordinario mientras que el segundo supondría la intromisión de órganos no autorizados constitucionalmente para ejercer jurisdicción.

¹⁰¹ P.M. Thomás Puig, “Valores y principios constitucionales”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 5, 2001, pp. 129–143.

Esto no acontece en el arbitraje en tanto que método heterocompositivo de resolución de conflictos. Un mecanismo caracterizado por la presencia de un convenio suscrito entre las partes conforme al cual se decide llegar la solución de la controversia que las enfrenta a un tercero llamado árbitro. Y a la decisión del árbitro se le confiere el mismo valor que a una sentencia dictada por un tribunal, lo que no puede llegar a la confusión entre las nociones entre la jurisdicción y el arbitraje. Entre otras cosas su el marco de actuación no es concurrente toda vez que si los órganos jurisdiccionales tienen competencia para conocer cualquier tipo litigios derivados de cualquier relación jurídica, el margen de actuación del arbitraje se circunscribe a las materias que sean de libre disposición para las partes. Y ello sin olvidar que el árbitro posee atribuidas funciones declarativo en tanto que la jurisdicción alcanza cuenta con el poder de la ejecución coactiva de lo decidido. Por último, debe considerarse que el arbitraje precisa un previo compromiso por las partes, concretado en un convenio arbitral, para que el árbitro esté en disposición de desempeñar sus funciones¹⁰². Es obvio que entre ambas existen diferencias, las que se derivan principalmente de la diversidad del origen y del *status* de jueces y árbitros¹⁰³. Los jueces deben su jurisdicción a la Constitución Nacional y a las leyes dictadas en su consecuencia, que organizan el servicio de administración de justicia a través del Poder Judicial de la Nación y de los respectivos Poderes Judiciales provinciales. La jurisdicción de los jueces es, por lo tanto, permanente y genérica, con la sola limitación de la competencia en que –por territorio y materia– dividen la tarea. En el caso de los árbitros, su jurisdicción depende en forma mediata de las normas que admiten la instauración de un sistema particular de administración de justicia, si

¹⁰² F. Griffith Dawson, “El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?”, *Ius et Veritas* Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, n.º 15

¹⁰³ F. Mantilla Serrano, “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, *Arbitraje comercial internacional* (L. Pereznieta, comp.), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000 (reimpresión 2002), pp. 167–175.

bien en forma inmediata la facultad de juzgar les es atribuida por los litigantes que los nombran para resolver un caso concreto.

A partir de aquí debe negarse tajantemente que el arbitraje implique un quebranto al principio de exclusividad de la jurisdicción, tanto más cuando, con las consideraciones que se acaban de efectuar, se confiere al particular la posibilidad de elegir para la resolución de sus controversias la vía jurisdiccional. El ordenamiento jurídico panameño, concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial.

El Decreto ley 5/99 da preferencia a la actuación de los árbitros sobre los órganos jurisdiccionales cuando así se haya pactado por las partes en el correspondiente convenio, y por esta razón impide a los Jueces y Tribunales que entren a conocer de cuestiones sometidas a arbitraje si una de las partes lo alega mediante la correspondiente excepción (art. 11.2º). Los requisitos para que la excepción prospere son, en esencia, cuatro: 1º) Que se alegue por alguna (o algunas) de las partes del convenio arbitral contra las otras que lo hayan sido, no pudiendo ser apreciada de oficio. 2º) Que el convenio arbitral cumpla las exigencias legales, esto es, que se haga por escrito, bien sea como negocio independiente o como cláusula de otro, que conste claramente la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a la decisión de los árbitros así como la obligación de cumplir tal decisión. 3º) Que la materia objeto del convenio no esté incluida entre las que la Ley excluye del Arbitraje (art. 2). Y, finalmente, 4º) que las partes no renuncien ni expresa ni tácitamente a la resolución de la cuestión litigiosa mediante la intervención de árbitros. Esa exigencia de declaración, además de expresa inequívoca, en el sentido de que no admita duda o equivocación y su significado sea indiscutible, es la consecuencia de que, a medio del arbitraje, las partes renuncian a un derecho fundamental, cual el de obtener con plenitud la tutela efectiva de los jueces o tribunales, al impedir a éstos el conoci-

miento de las cuestiones litigiosas, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción.

Tras este razonamiento cabe equiparar la tutela judicial efectiva que suministran los juzgados y tribunales a la tutela procesal efectiva que prestan el árbitro o árbitros, si bien semejante equiparación no puede quedar desvinculada del alcance de la competencia atribuida a los árbitros. Dicho en otros términos, los árbitros cuentan únicamente con funciones de carácter declarativo incumbiendo la ejecución del laudo a los órganos jurisdiccionales, en exclusiva al no contar aquéllos de potestad ejecutiva a lo que hay que añadir lo concerniente a la ejecución de las medidas cautelares que en uso de la potestad reconocida a los árbitros.

B) Declive *ratione materiae* de la imperatividad de la jurisdicción

Evidentemente el juez estatal se halla constreñido por el principio de legalidad y no puede ir más allá en la aplicación de la ley a la arbitrabilidad de la controversia ni aplicar criterios indeterminados inherentes a principios de validez material consolidados por juicios no positivizados de orden público. No obstante, se vislumbra en la hora actual una nítida distinción entre la exclusividad, obligatoriedad o imperatividad de la jurisdicción de los tribunales estatales y en la práctica los tribunales la interpretan en el mismo sentido. Los poderes de los árbitros se desprenden de las facultades que le confiere el propio Estado por medio de la ley y los Estados, no sólo aprueban el arbitraje sino que, como acontece en Panamá, han manifestado una actitud particularmente moderadora y aperturista al conferir el poder arbitrar en materias que tradicionalmente habían sido prohibidas al procedimiento arbitral por estar éstas especialmente amparadas en los límites que impone el orden público y las normas materiales imperativas. Una prueba fehaciente de este poder es la posibilidad de arbitrar en cada vez mayores

materias adaptada a la mayor flexibilidad que reclama el contexto internacional cada vez más globalizado¹⁰⁴. Ciertamente, la adaptabilidad del procedimiento arbitral a las circunstancias cambiantes posibilita la presencia de profesionales con diferentes conocimientos jurídicos, tanto desempeñándose como árbitros, o bien realizando funciones de asesores de las partes contendientes. La experiencia demuestra que estos operadores jurídicos aplican en esencia los rudimentos esenciales de sus respectivas enseñanzas, basadas en procesos de formación jurídicos inscritos bien al sistema de derecho o *common law*, bien a la tradición jurídica romano-germánica del sistema de Derecho civil¹⁰⁵.

No en vano el árbitro acostumbra a apreciar con mayor detenimiento y conocimiento la totalidad de los pros y los contras de la decisión que deba emitir y ello no sólo porque de tal juicio de valor deberá sustentar la eventualidad de su propia competencia sino porque de ella también dependerá, en buena medida, la eficacia del laudo que va a dictar. Por consiguiente, el árbitro tiene una importante responsabilidad en lo que concierne a la determinación del presupuesto material, tanto de su competencia como la del propio prestigio del centro que administra el arbitraje, y en este cometido de presumirse una especial diligencia, al menos por la cuenta que le tiene y porque, en caso contrario, podría ser objeto de una acción de responsabilidad. Bien entendido que la apreciación de la materia arbitral en la fase post-arbitral no corresponde al árbitro. En esta fase el único órgano competente para pronunciarse acerca de la problemática de la arbitrabilidad internacional en relación con el orden público es el juez estatal debidamente

¹⁰⁴ J.P. Maire, y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public”, *Réglementation de la concurrence et évolution du concept*, *Competition and Arbitration Law*, París, Institute of International Business Law and Practice, ICC Publishing S.A, 1993, p. 81.

¹⁰⁵ P.A. Karrer, “The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells it Like He Sees It”, *Disp. Res. J.*, vol. 63, 2008, pp. 72 ss.

legitimado para realizar su función tanto con motivo de la eventual acción de anulación como con oportunidad del reconocimiento y ejecución del laudo si éste se ha pronunciado en el extranjero¹⁰⁶. Debe reconocerse que Estados cada vez establecer menores restricciones a la arbitrabilidad de las controversias¹⁰⁷ pues si bien unas veces, proscriben el arbitraje en ciertos asuntos, en otras la prohibición sólo se proyecta en el arbitraje interno quedando fuera el arbitraje internacional, admitiéndose la arbitrabilidad en ámbitos sectores especialmente sensibles para la soberanía nacional siempre que el árbitro se escurpulosos en el cumplimiento de su obligación de respetar las disposiciones imperativas y de orden público de aplicación necesaria. Ciertamente los ordenamientos en presencia coinciden en considerar que ciertos litigios no pueden quedar comprendidos en la solución arbitral, pero difieren en cuanto a la valoración concreta de las materias arbitrables. Esto es fácil de comprender si se considera que la cuestión de la arbitrabilidad del litigio está directamente vinculada con la concepción de orden público de cada Estado y con la necesidad de salvaguardar las disposiciones imperativas¹⁰⁸. Ello al margen de que sean las partes las que restrinjan la competencia del árbitro, circunscribiendo su misión estrictamente a los puntos que éstas le plantean¹⁰⁹.

La liberalización del arbitraje privado se inició en un momento histórico caracterizado por su extensión a materias tradicional-

¹⁰⁶ K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, n° 3, Kluwer, 1987, pp. 177–204.

¹⁰⁷ N. Bouza Vidal, "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *REDI*, vol. LII, p. 374.

¹⁰⁸ J.F. Chillón Medina y J.M. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 648.

¹⁰⁹ J. Nieva Fenoll, "Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición", *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 3, 2002, pp. 11–44.

mente incluidas en de orden público que prohibían la arbitrabilidad de la controversia internacional. Desde ese momento la ampliación de las materias arbitrables no ha dejado de aumentar. Por otra parte, la autonomía del arbitraje enlazada a su liberalización ha repercutido fuertemente en aquellas materias que tradicionalmente habían quedado consideradas como patrimonio exclusivo de la jurisdicción arbitral bajo el peso de una atribución imperativa de jurisdicción o de una competencia exclusiva. La justificación de la imperatividad de la jurisdicción estatal en estas materias descansa en la protección especial de determinados sectores considerados relevantes en el tráfico jurídico internacional. Sectores en los que la imperatividad ha ido disminuyendo en algunos campos reservados inicialmente en exclusiva a las jurisdicciones estatales. Resulta imposible hallar, una interrelación precisa que permita dilucidar que cuando los Estados se reservan la competencia exclusiva en una determinada materia, la arbitrabilidad vaya a quedar automáticamente excluida de la misma.

Uno de los motivos que verifican la existencia este fenómeno se desprende de la incertidumbre propia de arbitraje interno que incrementa ampliamente en el orden internacional donde se permite que aunque exista una competencia atributiva de jurisdicción contemplada en el orden interno, ésta no pueda quedar descartada si la controversia sobre la que se está decidiendo es internacional atendiendo al principio de especialidad. Esto es particularmente evidente en numerosos pronunciamientos¹¹⁰ que ponen en evidencia la adopción general de criterios más flexibles en lo que con-

¹¹⁰ Por ejemplo, en el asunto *Ganz*, se confirma que excepto aquellas controversias que versen sobre una atribución imperativa de jurisdicción que son inarbitrables por naturaleza, el resto de controversias en las cuales actúa la legislación imperativa son arbitrables, *cf.*, la Sent. de la Cour d'appel de París (1^a Ch., sect. C.) de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, n° 3, pp. 478–481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481–486.

cierte a la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias características de competencias exclusivas internas.

Por consiguiente, los criterios de determinación de la materia arbitral en el ámbito internacional no se pueden desligar residualmente de los parámetros establecidos por la justicia estatal para llegar a ella, pues dichos están estrictamente ligados a concepciones internas del sistema estatal concernido y, por otra parte, ninguno de los criterios establecidos sirve vale por sí sólo para ser aplicado con carácter general como criterio de determinación de la arbitrabilidad de las controversias. Puede afirmarse que en la actualidad que la arbitrabilidad no queda descartada por la única circunstancia de que una norma de orden público sea aplicable a la relación controvertida. La disconformidad con el orden público que puede implicar la no-arbitrabilidad debe estar vinculada al propio objeto de la relación, cuando las normas de orden público no se apliquen al supuesto controvertido. Y ello considerando las actuales tendencias favorables a desplazar la intervención del orden público al momento de control de la sentencia, como claro exponente de la relajación de la figura restrictiva que tradicionalmente se había asociado al orden público en la arbitrabilidad de las controversias¹¹¹.

III. Exclusividad de la justicia estatal y arbitraje

1. El arbitraje en el mecanismo estatal de administración de la justicia

A) Garantía de acceso a la justicia

¹¹¹ F. González de Cossío, “Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje”, *Revista Jurídica Auctoritas Prudentium*, 2008. <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/orden-publico-arbitrariedad.pdf>.

Una de las necesidades esenciales de todo Estado es tener en funcionamiento una administración de justicia adecuada toda vez que posibilita que a través de ella se protejan y hagan efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población. La garantía del acceso a la justicia es un postulado esencial para la tutela efectiva de los derechos constitucionales y, a la vez, un derecho establecido constitucionalmente en Panamá. Ello da lugar a la garantía de la justicia administrada tanto por las autoridades administrativas y judiciales y en caso contrario puede acudir a los mecanismos especializados para la protección de los derechos fundamentales y humanos. Evidentemente que la circunstancia de que la justicia sea gratuita y expedita es esencial para verificar la garantía del derecho al acceso a la justicia. Y a esta garantía se une la otra que es la continuidad, que resulta igualmente esencial para consolidar la administración de la justicia como un auténtico servicio público¹¹². Precisamente este carácter de servicio público conduce a que, como veremos al estudiar la jurisprudencia constitucional panameña, la “jurisdicción” de los árbitros no puede ser concebida sino como parte integral de tal servicio.

Como quiera que se acostumbra a considerar al arbitraje como una excepción a los principios de unidad y de exclusividad inherente a la justicia estatal debe responderse a la cuestión del origen de donde dimana legitimación de los árbitros para solventar, de manera definitiva, las controversias sometidas a su considera-

¹¹² Dentro de los poderes del Estado incumbe al poder judicial el ejercicio en exclusividad e independencia a los jueces y tribunales que garantizan que el ciudadano vea satisfecho su derecho fundamental de obtener la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, la administración de Justicia es un servicio público básico esencial para el normal funcionamiento de la sociedad. La aplicación del Derecho o de la justicia como servicio público en la actualidad es un hecho incontrovertido y, entre otras circunstancias, existe una que la hace peculiar y la diferencia de los demás servicios públicos, que es el ejercicio del Poder Judicial. *Vid.* J.M. Canales Aliende, “La administración de la justicia hacia una función gerencial del servicio público de la justicia”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 73, 1991, pp. 213–227.

ción. El mecanismo arbitral implica una limitación de las potestades que incumben al poder ejecutivo en la medida en que se extienda a materias de Derecho público gobernadas por normas de Derecho imperativo y concretadas por reglas de carácter constitucional sobre el reparto de competencias y preservación de derechos e intereses de naturaleza pública.

Lo que debe discutirse la sumisión o no a arbitraje no es la competencia de distintos juzgados sino el sistema de decisión elegido: el jurisdiccional o el arbitral. Nunca puede un juez declinar su competencia en un árbitro. Podrá separarse del conocimiento de un asunto por existir un convenio arbitral previo, reconociendo el derecho de las partes a elegir el modo de resolución de sus conflictos. Y ahí termina su decisión. Pero nunca poner en el mismo nivel competencial a los jueces y a los árbitros, como si entre ellos se pudieran promover cuestiones de competencia.

El postulado de exclusión de la intervención de los tribunales en el arbitraje no es una cuestión pacífica y es susceptible de dudas acerca de su constitucionalidad, en concreto en lo que concierne al control de constitucionalidad de las leyes.

La justicia es la infraestructura sobre la cual se instituye la superestructura nacional, y el arbitraje, al ser un mecanismo para la construcción y estabilidad de dicha infraestructura adquiere una importancia vital dentro del desarrollo del Estado¹¹³. A medida

¹¹³ Por ejemplo, en la Constitución Española de 1978 el término justicia aparece en cuatro puntos diferenciados: En el preámbulo y en el art. 1.1º (en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico), en el art. 24 en cuanto garantía institucional elevada al rango de derecho fundamental y en el Título VI dedicado a regular el Poder Judicial en cuanto poder público. En el Preámbulo se proclama cómo uno de los deseos de la Nación Española el establecer la justicia...Por su parte, en el art. 1.1º se propugna a la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico que tiende a satisfacer las exigencias éticas prevalentes en un país y en un momento histórico determinado. Ambos conceptos de justicia ofrecen al intérprete un material de primera mano a la hora de aclarar el sentido de las normas constitucionales y al mismo tiempo trazan unas líneas de referencia a los poderes públicos en su labor de

que las sociedades progresan y se van desarrollando los individuos que la integran, se produce mayor conflictividad, tanto por las relaciones de naturaleza individual, cualquiera que fuere su índole, como de naturaleza colectiva o plural. Una situación en la que se acrecienta la conflictividad tanto en orden a la cantidad como a la calidad de los conflictos. Por tal motivo en ciertos supuestos se van adaptando a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, aparecen nuevos cauces que brindan un mayor margen de posibilidades a los ciudadanos. Nunca como ahora se ha mostrado una concienciación tan grande sobre la necesidad de contar con una justicia eficaz como requisito imprescindible para el logro del desarrollo económico de los pueblos y para la consolidación de la paz social. Por ello, la sociedad reclama de a los jueces mayor rapidez y eficacia en el cumplimiento de los plazos procesales, el establecimiento de instrumentos que admitan un mayor acceso al servicio de justicia, mayor independencia, imparcialidad y transparencia en el manejo de los procesos y en el pronunciamiento de los fallos; y, mayor uniformidad de criterios en casos similares. Se trata de un fuerte requerimiento que se extiende en todos los países convirtiéndose en una preocupación universal. En la búsqueda de este paradigma de justicia eficaz, los tribunales del Estado juegan un papel trascendental, si bien no por ello único y suficiente para alcanzar los resultados pretendidos.

Por descontado, uno de los remedios para recobrar la confianza en la justicia es el fomento del arbitraje como alternativa para la aplicación de una justicia rápida y eficaz. Siempre que se respeten las condiciones para el mantenimiento del equilibrio entre las partes y se garantice la ausencia de conculcamiento de los principios procesales esenciales, resultarán plenamente conforme a De-

actuación y desarrollo de los contenidos de esta Constitución. Avanzando en el análisis de este texto constitucional puede observarse que los valores superiores se concretan y así, el valor justicia se concreta en cuanto derecho fundamental en el art. 24 (derecho a la tutela judicial) y en el Título VI que se dedica a regular el Poder Judicial.

recho todos aquellos acuerdos, compromisos o arreglos que aspiren generar satisfacción cabal entre las partes, o que aspiren solventar un conflicto judicial ya instaurado o en ciernes. Para ello el ordenamiento jurídico panameño confiere validez a las manifestaciones de la autonomía de la voluntad de las partes en las materias que habitualmente son objeto de consideración a través de normas que no contraríen el orden público. La opción por el arbitraje provoca un potencial problema en sentido de que aquellos procedimientos arbitrales que atenten a los derechos procesales fundamentales puedan sustanciarse a ser posible por la vía privada. Si así acontece, en los supuestos de indefensión o imparcialidad, se pondrían en marcha los propios mecanismos de protección y defensa del orden público procesal que operarían como mecanismos de control jurisdiccionales de la instancia arbitral. Dicho en otros términos, entrarían en juego las causales de anulación de las sentencias arbitrales, recogidos en los distintos ordenamientos internos¹¹⁴.

La autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de singular importancia en el arbitraje y se expresa en la facultad conferida a las partes de someter “voluntariamente” sus controversias de carácter disponible, a la decisión de un tercero –árbitro o tribunal arbitral– distinto al Poder Judicial. Este es el verdadero sentido del art. 202 de la Constitución panameña cuando afirma que “La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley”. Confiere, pues, rango constitucional a la institución arbitral que se erige como una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios panameños de resolver por imperio de la ley, todas las controversias que les sean sometidas por los ciuda-

¹¹⁴ *Vid.* las consideraciones antes aprehendidas del carácter sustantivo y procesal del orden público realizadas por E. Artuch Iriberry, “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional. (A propósito de la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)”, *RCEA*, vol. VIII, 1992, p. 118

danos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses

Por lo demás el arbitraje origina entre otros beneficios, la descongestión de buena parte de las oficinas judiciales y de los negocios que hace años descansan en los anaqueles de los juzgados panameños; convirtiéndose entonces el arbitraje en verdadera alternativa para la aplicación de una justicia rápida y eficiente. Pensamos que el arbitraje no puede ser tomado como una panacea frente a la problemática de la justicia en Panamá, pero si es probable que su arraigo permita liberar algunos recursos humanos, que pueden dedicarse a la descongestión de los despachos judiciales.

El convenio arbitral es el generador del sustrato procedimental adecuado para que, entre otras cosas, los árbitros establezcan determinadas medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo de la sentencia arbitral, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa del laudo. Una de las consecuencias de la consolidación del Estado de Derecho es la posibilidad de regular obligatoriamente sistemas alternativos a la justicia estatal. Con respaldo en el derecho a la tutela judicial efectiva cabe sostener y justificar sólidamente la imposibilidad de acudir a arbitrajes obligatorios, y ello, aunque sea en detrimento de la eficacia misma de la justicia estatal. Es una afirmación recurrente que la justicia estatal se ha ido desbordando por el elevado volumen de asuntos lo que ha conducido a la situación actual de colapso de la misma, que convierte en ilusoria una tutela efectiva rápida en los tribunales, lo que ha generado una proliferación de los sistemas extrajudiciales y un progresivo aumento en su utilización. Por eso no parece nada desmesurado revisar la doctrina constitucional restrictiva hacia los sistemas extrajudiciales, si ello debe servir para agilizar la solución de litigios¹¹⁵.

¹¹⁵ Resulta obligada la referencia, dentro de la doctrina española, a la especial posición mantenida por F. De Castro, que consideraba a la cláusula compromisoria como la más peligrosa entre todas las cláusulas que se pueden

El entorno de crisis de la administración de justicia¹¹⁶ ha llevado a la indagación de medios alternativos a la intervención jurisdiccional en la solución de los conflictos entre los particulares. En la exploración de un superior acceso a la justicia, se ha insistido en la necesidad de impulsar estas alternativas como soporte a los mecanismos jurisdiccionales, a los fines reducir el número de los litigios que se revuelven en las instituciones encargadas de administrar justicia. En íntima conexión con las propensiones hacia la desintegración del sistema de justicia civil ha brotado desde hace años, aunque en los últimos tiempos ha adquirido un cadencia apresurada, una predisposición a comprimir el campo de operatividad de la justicia “pública” y a llenar el vacío que así viene a crearse con métodos alternativos de resolución de las controversias.

B) El arbitraje en el marco de los ADR

Como por todos es sabido, el proceso judicial no es la única forma de resolución de controversias. Cuando éstas versan sobre materias de libre disposición de las partes, su solución puede encontrarse a través de otros cauces¹¹⁷. Así, los sujetos en conflicto

incluir en CGC, dado que “permite a las grandes organizaciones industriales y mercantiles, imponer a los más débiles, económicamente tribunales arbitrales y normas favorables a sus intereses”, *cf.*, “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, t. XXXII, p. 656. *Vid.* A. Amorós Guardiola, “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, t. XXXX, pp. 1129–1147

¹¹⁶ A. Zuckerman, “Justice in Crisis...”, *loc. cit.*

¹¹⁷ De acuerdo con F. Ramos que “a medida que el ciudadano ha visto que el sistema judicial le respondía con garantías, en esa medida ha ido incrementando sus necesidades de justicia y ha judicializado todo. Todo el mundo ha pasado de lavar el honor con la espada, para lavarla por la vía judicial. Hoy todo el mundo siente la necesidad de apelar a los Tribunales y a veces por cosas que no debían llegar a la vía judicial”. *Cf.* F. Ramos Méndez, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, *Justicia*, 1994, N° IV, p. 807–822.

pueden acudir a fórmulas autocompositivas de resolución de las controversias, negociando directamente entre sí o solicitando el auxilio de un tercero, aunque éste no tenga capacidad decisoria, sino simplemente de acercar las posturas de los contendientes a través de una “mediación” o de una “conciliación”. Y pueden también alcanzar el mismo resultado recurriendo a una forma de tutela heterocompositiva no judicial, el “arbitraje”, consistente en encargar a un tercero (que no es titular de la potestad jurisdiccional) la solución de la controversia, obligándose previamente a aceptar la decisión que éste tome.

Por derecho propio el arbitraje se integra en el bloque de mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (*Alternative Dispute Resolution*, en adelante *ADR*)¹¹⁸. Este bloque comenzó a gestarse en EE UU a partir de los años sesenta, especialmente por las disfunciones inherentes al sistema de litigio tradicional, por la enorme duración de los procesos judiciales, los altos costes que conllevaba, así como por la propensión a una actitud beligerante entre las partes y la propia ineficacia del sistema en su conjunto. Posteriormente se extendió a América latina¹¹⁹ y en la hora actual es más frecuente hablar de resolución “adecuada” de conflictos, que de “alternativa”, por considerar que dicho término no siempre revelaba con precisión la técnica o medio empleado. Semejantes mecanismos de resolución de pretenden una mayor satisfacción de las partes a través de procedimientos más baratos, accesibles,

¹¹⁸ Vid. T. Carbonneau, *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, Chicago, University of Illinois Press, 1989; S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; R. Mullerat, “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3, 2002, pp. 45–73.

¹¹⁹ C. Matute Morales, “El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo)*, vol. 25, 2002, pp. 157–178.

flexibles, que se acomoden a sus necesidades y a los cuales sean capaces de hacer frente¹²⁰. Con el concurso de estos mecanismos coexistentes con la jurisdicción, las partes no son las únicas las únicas beneficiarias, sino que presenta ventajas incluso para los abogados, con clientes más satisfechos y más medios y posibilidades para resolver los conflictos; contribuyendo también al desarrollo de la justicia estatal al disminuir el volumen de procesos, provocando la participación de la comunidad en la resolución de litigios y mejorando la calidad y la eficacia de sus resoluciones¹²¹.

El fenómeno de la *ADR*, ha tenido en los últimos años una importante promoción en los EE UU y que se va difundiendo ahora en muchos otros ordenamientos¹²². Dado que en gran medida los métodos de *ADR* están representados por formas de solución o arreglo de los litigios que se ubican fuera de la jurisdicción estatal, se habla a este respecto de “justicia privada” justamente para compararla a la justicia “del Estado”¹²³. Por esta razón las leyes suelen prestar atención a dichos métodos (como sucede con ciertos aspectos del arbitraje), y en algún caso prevé incluso como obligatorio el recurso a estos métodos alternativos (como acontece en algunos casos para la conciliación), pero ello no empece para que se trate siempre de instrumentos distintos de la tutela jurisdic-

¹²⁰ Vid. la obra dirigida por R. Hinojosa Segovia, *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

¹²¹ A. Kupfer Schneider, “Building a Pedagogy of Problem Solving: Learning to Choose among ADR Processes”, *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, 2000, pp. 115 ss; Th. Kochan, B. Lautsch y C. Bendersky, “An Evaluation of the Massachusetts Commission Against Discrimination Alternative Dispute Resolution Program”, *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, 2000, p. 233.

¹²² A. Bordalí Salamanca, “Justicia privada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVI, julio 2004, pp. 165–186.

¹²³ M. Taruffo, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, 1999, pp. 61–76.

cional en sentido estricto. La predilección por una ordenación global de los ADR, incluido el arbitraje, figura en numerosas leyes, aunque unas optan por regular la mediación y otras se inclinan por la conciliación, pero sin llegar a establecer unos límites precisos de ambas instituciones¹²⁴.

Al margen de estas cuestiones terminológicas a partir de esta opción resolutoria de conflictos al margen el arbitraje se pretende ofrecer un tratamiento integral que, de manera más o menos extensa, brinde soluciones heterocompositivas y autocompositivas, interrelacionándolas entre sí. Efectivamente, la conciliación y la mediación son métodos autocompositivos de solución de controversias jurídicas. Tanto la conciliación como la mediación facilitan el diálogo para encontrar una solución, en lugar de provocar enfrentamientos y la ruptura total de las relaciones entre los socios o entre éstos y la sociedad, como generalmente ocurre cuando surge un litigio judicial. Hay quien sostiene que en la conciliación no se busca una solución justa, sino que se busca una solución “oportuna”, que compense los intereses de las partes en conflicto, por lo que no la considera como uno de los ADR reconociendo como tales exclusivamente a los sistemas heterónomos de resolución de conflictos en los que es un tercero neutral quien se encarga de dirimir la cuestión y alcanzar un resultado justo, a través de un proceso con todas las garantías procesales¹²⁵.

Concretamente en Panamá el Decreto Ley n° 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el régimen general del arbitraje, de la conciliación y de la mediación, se inclina por esta tendencia en su Título II (arts. 44 a 63). Las partes en litigio podrán, de este

¹²⁴ Aunque centrado en la mediación resulta de interés el estudio de H.T. Edwards, “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?”, *Harv. L. Rev.*, vol. 99, 1986, p. 668–684.

¹²⁵ Vid. B. Andrés Ciurana, “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12/2005, p. 61

modo, acudir al método de la conciliación extrajudicial, para la solución de sus controversias; la conciliación ideada como un mecanismo de solución pacífica de controversias a través del cual las partes gestionan la solución de sus propios conflictos con la intervención de un tercero imparcial y cualificado llamado conciliador, se rige por los principios de acceso, eficiencia, eficacia, privacidad, equidad y celeridad en la justicia. Como pusiera de relieve la SCJ

“El arbitraje, la mediación así como la conciliación constituyen medios o métodos alternos de solución de conflictos. La adopción de estas formas alternas en la solución de controversias se han incorporado en las distintas legislaciones con la finalidad de agilizar las controversias en distintos tipos de negocios que a través de las leyes de cada país han adoptado como vía sustitutiva a la judicial estos mecanismos. Así también tenemos que las personas que le dan solución a estos conflictos, si bien podría decirse en principio que realizan temporalmente una función de tipo judicial, no toman la calidad de servidores públicos. Ello en razón de que el párrafo tercero del art. 3 del Código Judicial establece que la administración de justicia “También se ejerce en casos especiales, por personas particulares que, en calidad de jurados, arbitradores o árbitros, o por razón de cualesquiera otros cargos de esta misma naturaleza, participen en las funciones jurisdiccionales, sin que ello incluya a tales personas como parte del Órgano Judicial”. Lo anterior evidencia que es legalmente permitido y admitido en nuestra legislación que determinadas causas sean resueltas por otras personas sin que esto implique que formen parte de lo judicial y, más aún, se admiten estos métodos alternos de solución de conflictos”¹²⁶.

Son materias admitidas al trámite de la conciliación, aquellas susceptibles de transacción, desistimiento y negociación. La conciliación será institucional cuando se desarrolle a través de Centros de Arbitraje, Conciliación privados, legalmente autorizados¹²⁷. También podrá conciliarse a través de instituciones Estata-

¹²⁶ Sentencia CSJ 8 de marzo de 2005 (M.P. Winston Spadafora Franco).

¹²⁷ M.E. Schneider, “Combining Arbitration with Conciliation”, *Transnational Dispute Management*, vol. I, n° 1, febrero 2004, http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_55.htm.

les en cuyo caso la práctica del trámite será gratuita; en cualquier otro supuesto la Conciliación será independiente¹²⁸.

Por su parte la mediación constituye una variedad de *ADR* no vinculante, con más desarrollo y proyección a nivel nacional que internacional. La razón de ello es que puede llegar a conciliar mejor los intereses y las necesidades de las partes en conflicto. Resulta, en todo caso, un instrumento inapreciable para resolver las controversias en los ámbitos familiar¹²⁹, protección de menores¹³⁰,

¹²⁸ Centrándonos en los métodos enteros con positivos la delimitación del arbitraje no ofrece especiales problemas respecto de otras modalidades de auto composición, señaladamente, aquellas que se producen de manera autónoma, esto es, sin ninguna intervención de terceros. Es el caso de la transacción, el desistimiento o el allanamiento. No obstante existen supuestos en los que interviene la “terceridad”, y donde no es tan nítida la delimitación con otras figuras como la mediación o la conciliación, por lo que resulta conveniente precisar sus límites. La actividad mediadora se realiza por un tercero de una manera espontánea y quien pretende alcanzarla avenencia entre las partes, pero no decide el conflicto; sólo se limita a aproximar a las partes. No obstante ello, frente a los dos grandes medios de resolución de conflictos, como son la autocomposición y la heterocomposición, se recoge también la mediación entre como método heterocompositivo, esto es, entre aquellos en los que el conflicto es resuelto por un tercero. Ahora bien, la mediación debe incluirse más propiamente dentro de los medios autocompositivos bilaterales de solución de conflictos sociales, porque los terceros mediadores no resuelven el conflicto sino la voluntad concordada de las partes. Cabe distinguir la conciliación y la mediación en atención al origen –provocado o espontáneo– de la intervención del tercero. Desde esta óptica, la conciliación es la actividad llevada a cabo por un tercero, que de manera provocada, acude al llamamiento que hacen las partes, trata de aproximar las posiciones enfrentadas de éstas, para lograr la avenencia. El conciliador no resuelve el conflicto, sino que, como en la mediación, se limita a aproximar a las partes. *Vid.* I. López-Barajas Perea, “La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012.

¹²⁹ P. Abarca Junco y M. Góme Jene “Arbitraje familiar internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 1–2012; A. Ybarra Bores, “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 23, 2012.

laboral, los derechos de los consumidores, medio ambiente, entre otros. Este gran tratamiento obedece esencialmente a que la mediación beneficia el respeto a la confidencialidad y a la privacidad, posee un carácter informal y flexible. Por medio de ella se ahorra tiempo, dinero y energías, devolviendo a las partes la capacidad de gestionar sus problemas y de continuar con la relación que se había convertido en conflictiva; o dándole la posibilidad de concluir-la sin que haya un vencedor y un vencido, facilitando el cumplimiento de los acuerdos mutuamente aceptados¹³¹.

C) Atribución de funciones a los particulares

El proceso arbitral es fundamentalmente subjetivo, puesto que su finalidad última es proteger los intereses de las partes, posee también una dimensión objetiva, configurada por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución. Las dos dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y jurisprudencia. La dimensión objetiva pone de relieve que si bien el arbitraje es sido constitucionalmente reconocido como jurisdicción independiente, las facultades conferidas a los árbitros y a las partes en el marco de un proceso arbitral no pueden ser ejercidas irrazonablemente, con desconocimiento de las normas constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales. Ello quiere decir que la legitimidad de las actuaciones arbitrales no viene determinada únicamente por el respeto a las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral o por el cumplimiento de las normas legales vigentes, que en ocasiones pueden resultar inconstitucionales sino por el acatamiento a los preceptos constitucionales.

¹³⁰ M. Requejo Isidro, “Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género”, en R. Castillejo Manzanares (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 661–700.

¹³¹ Vid. J. Palau Loverdos, “Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4, 2003, pp. 261 ss.

Pero, en segundo lugar, el arbitraje se caracteriza por ser un proceso flexible¹³² en el que las partes pueden establecer las reglas consiguientes, actualmente se encuentra en amplio debate si cabe la exigencia de aplicar unas reglas inderogables de las que no se puede prescindir. Nos referimos a las reglas que conciernen al debido proceso. La administración de justicia se trueca en un mecanismo de violación de derechos, cuando no garantiza el debido proceso, lo que no solamente hace referencia al derecho a acudir ante los tribunales por parte del denunciante o demandante, sino también a los derechos que poseen el imputado y el demandado, a los que se les debe garantizar también el derecho de ser oídos y de que se respeten sus derechos procesales, actuándose conforme al debido proceso.

Por esta razón, el desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional que propicia la atribución de funciones a los particulares en la solución de controversias. Dicha autorización no puede imaginarse como una suerte de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos. Cualquier ordenación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas. El acceso a la justicia se considera un derecho humano, pero al tiempo constituye un mecanismo para requerir el necesario respeto frente a violaciones de los derechos humanos, cuando la prevención de dicho deterioro ha sido ineficaz. Posibilita la reclamación contra el Estado o en contra de particulares cuando se produzca la violación de cualquier derecho, no

¹³² R. Caivano apunta que “una de las características del procedimiento arbitral es su mayor informalidad con relación a los procedimientos aplicables en sede judicial. La flexibilidad e instrumentalidad que se presentan como norma en materia de arbitraje, han sido señaladas precisamente como una de las mayores ventajas que este instituto reporta, en tanto permite a las partes, como una consecuencia natural, obtener un pronunciamiento más rápido y más consustanciado con las cuestiones de fondo que en artificios formales”, Cf. R. Caivano, *Negociación, conciliación y arbitraje*, Lima, 1998, p. 267.

requiriéndose que se esté ante un derecho humano. Cabe poner de relieve que el acceso a la justicia no conjetura únicamente un derecho del demandante, sino también del demandado, por ello, el respeto del debido proceso en el proceso administrativo o judicial es parte del acceso a la justicia. En suma, el acceso a la justicia no es solamente un derecho humano, sino también una forma de hacer efectivos los derechos. De esta suerte se erige como una garantía fundamental dentro de un Estado social de Derecho.

Por descontado cuando las partes aceptan someterse a la decisión de un tribunal arbitral, con independencia de que el arbitraje sea de derecho o de equidad, no renuncia en ningún caso a su derecho fundamental a un debido proceso, del que son titulares simplemente por ser sujetos de derecho. Mantener una posición contrario entrañaría afirmar que al arbitraje se encuentra fuera del Estado de Derecho, “lo que resulta inconcebible en cualquier sociedad que se tilde de civilizada”¹³³.

Cada vez es más frecuente escuchar que la constitucionalización directa del arbitraje no deja de entrañar inconvenientes por crear, de una parte, un terreno abonado para la interposición de acciones anti-arbitraje sustentadas en una concepción amplia del derecho de acceso a la justicia y, de otra parte, a vincular a los árbitros con el orden jurisdiccional del foro con el consiguiente incremento de la “jurisdiccionalización” de la institución arbitral¹³⁴. Si bien se constitucionalizan los métodos alternativos para la resolución de controversias, su comprobación por parte de la Administración de justicia debe procurar la proteger de la seguridad jurídica y la eliminación de cualquier empleo desnaturalizado que de

¹³³ Cf. A.M. Arrarte Arisnabarreta, “Interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación”, *Themis, Revista de Derecho*, Lima, n° 53, 2007, p. 101.

¹³⁴ Cf. A. Mourre, “Los méritos de la ‘constitucionalización’ del procedimiento civil y del Derecho del arbitraje”, *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés-Bello des juristas franco-latino-américains*, Bogotá, 2006, p. 291.

ellos se pretenda. De ahí que sea esencial la intervención del juez para censurar las anomalías con rigor¹³⁵. Por otra parte, los beneficios del sistema arbitral puede ser fuertemente contestados cuando este se judicializa. La experiencia sobre el particular apunta a que la rápida respuesta obtenida en el proceso de cognición arbitral es susceptible de frustrarse en su realización material al subordinarse a las reglas del proceso de ejecución judicial.

2. Compatibilidad del arbitraje con la exclusividad de la justicia estatal

El sometimiento voluntario a un tribunal de arbitraje, sustrae a los contratantes de la jurisdicción judicial, en tanto se trate de derechos disponibles para las partes, es decir, que exista materia arbitrable. El arbitraje supone una abdicación a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea totalmente necesaria, y de ahí la enunciación del principio de exclusión de la intervención judicial: si este último no fuera de aceptación no tendría razón de ser el arbitraje comercial, pues los inconvenientes que puede plantear la dejación a la jurisdicción ordinaria no quedarían subsanados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de este mecanismo de solución de conflictos.

La libre de configuración del procedimiento arbitral precisa un procedimiento imparcial donde las partes disfruten de igualdad para hacer valer sus pretensiones. Los postulados de igualdad, audiencia y contradicción resultan de inmediata aplicación al arbitraje que, en su caso, serán tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo. La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es extensiva en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. Ello comporta que en modo alguno se

¹³⁵ R. Drouillat, “L’intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 253–261; B. Leurent, “L’intervention du juge”, *Rev. arb.*, 1992, pp. 303 ss.

podrá, en el curso de un procedimiento, arbitral denegar a las partes este derecho, por lo que incumbe a los árbitros solventar todos los asuntos que se les sometan, confiriendo a ambas partes igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones¹³⁶. El derecho a la tutela jurisdiccional obliga al conjunto de los ciudadanos; es decir, se trata de una vinculación que afecta no sólo al poder ejecutivo, legislativo y judicial, sino a todos los ciudadanos, incluidos los árbitros.

Debe tenerse presente que el arbitraje comercial ha sido considerado como “un mecanismo de solución de conflictos fundamentado en la voluntad de las partes de someter a la decisión de los árbitros las controversias presentes o futuras surgidas respecto una relación jurídica determinada”¹³⁷. El árbitro como dirimente de la contienda que enfrenta a dos a más ciudadanos, no goza de ninguna posición institucional predeterminada. Su posición solo viene dada por la voluntad de las partes en conflicto y por el reconocimiento que el legislador nacional e internacional (tratados y convenios) le otorga para que resuelva, mediante un procedimiento garantista, el conflicto que se somete a su consideración y juicio. La condición de árbitro puede ser desempeñada por cualquier persona natural que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Ahora bien, el árbitro obtiene así una particular y ocasional relevancia pública porque sus resoluciones terminan rebasando la

¹³⁶ A este efecto el art. 19 del Decreto ley 5/99 dispone que: “...El procedimiento arbitral atenderá a la igualdad de las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos”.

¹³⁷ C. Senes Motilla, *La intervención judicial en el arbitraje*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 23). Esta idea es mantenida también por L. Diez-Picazo y A. Gullón cuando afirman que “el convenio arbitral es el resultado de las declaraciones de voluntad de las partes por las que instauran dicho arbitraje. Todas las declaraciones se dirigen a un mismo fin, cual es que el tercero a terceros zanden con su decisión la controversia que los envuelve...” (L. Diez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, t. III, Madrid, Tecnos, 5ª reimpr., p. 449).

relación inter partes privadas quo le dio origen; y esto tiene su explicación en que la actividad arbitral posee efectos idénticos a la cosa juzgada oponible *erga omnes*¹³⁸. Por estos motivos el arbitraje recibe el calificativo de “jurisdicción convencional” o “paccionada” y es común considerar al árbitro como un “juez privado” o “convencional”. Ahora bien, el árbitro no es un juez con competencias predeterminadas ni está integrado en poder jurisdiccional del Estado ni administra justicia en nombre del Estado, ni presta, en suma, un servicio público regular y de carácter indiferenciado para todos aquellos que lo soliciten.

Puede afirmarse que el árbitro es únicamente un “juzgador” particularizado que resuelve una concreta contienda. Es una función ocasional marcada por límites de carácter temporal, que comienza con su aceptación y termina con la emisión del correspondiente laudo, por desistimiento, sin oposición del demandado o por acuerdo a transacción entre las partes.

¹³⁸ “La cosa juzgada material designa el efecto jurídico–procesal de la sentencia consistente en que ningún otro órgano jurisdiccional puede dictar una nueva en relación con el mismo asunto, sobre el cual no puede ya renovarse la contienda. (...) La situación juzgada deviene inatacable y no sólo no puede ser objeto de un nuevo juicio o discusión entre las partes sino que debe también ser respetada en otros procesos. El instituto de la cosa juzgada cumple así una función negativa, que excluye toda decisión judicial futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, y además otra función positiva o prejudicial, por la cual la decisión anterior sobre un determinado asunto vincula en la decisión judicial de otro asunto distinto que tenga a aquél por condicionante o prejudicial” (cf. E. Hinojosa Martínez, “Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso–administrativo”, en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, dir. F. Sospedra Navas, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII/2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 374. Vid. sobre el particular, A. de la Oliva Santos, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, 2005; *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con I. Díez–Pícazo Giménez), 3ª ed., Madrid, 2004, pp. 535–572 y *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991. También, I. Tapia Fernández, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, en Colección LEC 2000, Madrid, 2000, pp. 135–215.

Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje solo llega hasta donde alcance la libertad, que es su fundamento e impulso. Consiguientemente, quedan excluidas de su ámbito de actuación aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Además, el factor subjetivo, vinculado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente alineación del juez titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo, recubierto, por tanto, de *imperium*, y del árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia.

El arquetipo del arbitraje comercial regido por el Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999, se distingue por el hecho que es un particular quien somete, a la decisión de otro particular, la solución a un conflicto de intereses sobre los que tienen libre disposición (arts. 1, 2 y 7). Son las partes, quienes a través de un acto autónomo expresado por ellas mismas, en el convenio arbitral, eligen al o los árbitros, o bien delegan esa tarea en una entidad privada encargada de administrar arbitraje, sin que se advierta la existencia de una intervención oficial de algún brazo de la administración pública en esa labor (*cf.* arts. 14 y 15). No existe referencia legal alguna que señale que los honorarios de los árbitros sean sufragados a partir de fondos estatales, sino que estos son satisfechos por las partes que intervienen en el juicio arbitral; por citar solo algunos elementos.

Es especialmente significativo a este respecto el fallo de la CSJ de 10 de julio de 1998, pues el atento examen de las construcciones doctrinales que incluye,

“... amén del concepto que el constituyente suministra respecto la figura del servidor público, y del escrutinio sereno y objetivo de los precedentes nacionales; permite entender que la configuración del árbitros, dentro del arbitraje comercial o privado, no embona con la condición de servidor público, pues aquel ni es designado originalmente por un ente público, ni mucho menos sus emolumentos son satisfechos con fondos provenientes

del tesoro nacional o municipal. No está de más insistir, sobre el concepto constitucional de servidor público, que la definición dada por el legislador original es preclara, directa y de fácil inteligencia, circunstancia que limita cualquier maniobra interpretativa del juzgador¹³⁹.

Como se desprende de la Sala de Negocios Generales en Sentencia de 18 de marzo de 2008, el arbitraje comercial, civil o particular “es un modelo de composición privada que permite a las personas encargar a un tercero, en este caso un Tribunal Arbitral, la tarea de dirimir un asunto sobre el cual se tenga libre disposición o que previamente no haya sido objeto de pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria”.

El árbitro, dentro del arbitraje comercial regido por el Decreto ley 5 de 1999, ejerce sus funciones en razón de un mandato que le otorgan los particulares; y así como se indica en la doctrina y jurisprudencia foránea, en el ámbito doméstico, ningún arbitro profiere sus decisiones invocando algún poder otorgado por la República de Panamá; elemento que afianza la tesis que el árbitro, aun cuando pueda ejercer funciones jurisdiccionales, pues resuelven conflictos, pudiendo hacerlo a través de la declaración objetiva de la voluntad del legislador; en ningún momento extravía la condición de particular.

Es más, el art. 3 del Código Judicial claramente establece que “la administración de justicia puede ejercerse por particulares” cuando adquieran la calidad de árbitros, arbitradores, o por razón de cualesquiera otros cargos de esta misma naturaleza, participen en las funciones jurisdiccionales, sin que ello lleve a incorporarlos dentro de la membresía oficial de servidores públicos del órgano Judicial.

De lo anterior puede llegarse a una consecuencia: que el árbitro es un particular que ejerce una función pública. En esta materia

¹³⁹ Resolución CSJ 27 de abril de 2009: Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

resulta ilustrativo el salvamento de voto del Magistrado A. Arnulfo Arjona en la Resolución CSJ 27 de abril de 2009¹⁴⁰:

Con independencia de las distintas vertientes interpretativas que se han forjado alrededor de este aspecto, es un hecho claro que los árbitros una vez asumen este rol gozan de un status jurídico especial en el que están llamados a ejercitar auténticas funciones de naturaleza jurisdiccional al punto que el Estado les reconoce la capacidad de dirimir controversias en forma definitiva mediante un laudo susceptible de producir tránsito a cosa juzgada, en similares términos a como lo hacen los denominados Jueces Togados u ordinarios (“el laudo produce efecto de cosa juzgada y no cabra contra él recurso alguno, salvo el de anulación de conformidad con el artículo siguiente –art. 33 del Decreto Ley nº 5 de 1999”).

El atributo del que se hace mérito reclama entonces una apreciación especial principalmente en lo que respecta a las actuaciones puramente jurisdiccionales de los árbitros.

Soy del criterio que aún cuando el arbitraje se surta ante un Tribunal integrado por particulares investidos de manera temporal de poderes jurisdiccionales por delegación del Estado, tal actuación constituye un auténtico proceso en el que deben observarse escrupulosamente las exigencias que integran La Garantía Fundamental del debido proceso (*v.gr.* Garantía del Contradictorio, oportunidad de proponer pruebas y contrapruebas, formulación de alegatos, etc.). Estimo que este planteamiento es válido y aplicable tanto a los arbitrajes en derecho como a los arbitrajes en equidad.

Sobre estos últimos resultan por demás interesantes las consideraciones que realizo en su oportunidad la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-46 de 2002 cuando advirtió que: “No es, por lo tanto, admisible la tesis según la cual cuando se trata de una decisión en equidad los árbitros pueden actuar arbitrariamente. La equidad no puede ser excusa que justifique la violación de los derechos fundamentales. En fin Estado Social de Derecho los árbitros no pueden ser arbitrarios. En el ejercicio de sus facultades no pueden vulnerar los derechos y principios constitucionales y los Procedimientos establecidos en La Constitución y la Ley” (*cf. El arbitraje en equidad*, obra del Doctor Ernesto Gamboa Morales, ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fe de Bogotá, D.C. 2003, p. 84).

Administrar justicia al margen de las reglas básicas de un debido proceso representaría una hipótesis viciosa de resultados inconvenientes.

¹⁴⁰ Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

El debido proceso es, en definitiva, una garantía insoslayable cuya presencia debe estar asegurada en todo juzgamiento.

3. *El arbitraje como equivalente constitucional*

A) Carácter jurisdiccional o contractual: Perspectiva dogmática

En la doctrina actual ya no existen especiales divergencias acerca de la naturaleza del arbitraje y puede considerarse superada la acostumbrada divergencia entre los que le asignaban un carácter contractual, por oposición a aquellos que lo consideran jurisdicción. Se trata por lo general de una polémica meramente académica, con apenas repercusión en la práctica¹⁴¹, que se proyecta en la existencia, desde una óptica cartesiana, de cuatro teorías en presencia: la teoría jurisdiccional, la teoría contractual, la teoría mixta o híbrida y, por último, la teoría autónoma¹⁴². La doctrina constitucional se muestra de acuerdo en muchos países, como en España, que el arbitraje como un equivalente jurisdiccional¹⁴³. En su virtud las partes pueden alcanzar los mismos propósitos que con la jurisdicción común, esto es, la consecución de una resolución al conflicto como consecuencia del pronunciamiento de un laudo que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y que se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. Ahora bien, los laudos se encuentran revestidas de *autorictas* por imperativo de la ley; y sólo necesitan

¹⁴¹ En contra, F. González de Cossío, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 22.

¹⁴² *Ibíd.*, pp. 18–22

¹⁴³ La función de “equivalente jurisdiccional” que ostenta el arbitraje, conduce a los distintos sistemas jurídicos a establecer, en la persona de los árbitros, una serie de derechos orientados a posibilitar el desarrollo de esa función, como se evidencia, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa donde se considera que el árbitro es un verdadero juez, que cumple una misión jurisdiccional y que accede en virtud de su designación al estatuto de juez. Cf. Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, pp. 32–75.

del complemento de *imperium* necesario a la hora de la ejecución forzosa que, de conformidad con la ley, se reserva a los jueces y tribunales ordinarios.

Existe unanimidad en atribuir arbitraje tres elementos cuya concurrencia da lugar a su consideración como mecanismo idóneo para permitir el acceso a la justicia y a la tutela constitucional de los derechos ciudadanos:

i) Carácter heterocomposivo, esto es un tercero independiente y neutral en relación a las partes resuelve la controversia, al igual que como sucede frente a la justicia ordinaria. La semejanza de laudo y sentencia es tan sólo material. Uno y otra son decisiones reflexivas de jurisconsultos sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, obtener una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución basada en la seguridad jurídica. En ambas se utiliza (al margen de los arbitrajes de equidad) el Derecho como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la referida misión que está respaldada constitucionalmente. La discrepancia estriba en que en el arbitraje, las partes confieren al poder jurisdiccional al árbitro con base en la autonomía de la voluntad, lo que no acontece en el modelo de la jurisdicción estatal, que deriva directamente del poder soberano del Estado como derecho fundamental para proteger o tutelar los intereses subjetivos de las partes cuando entran en conflicto. Pero no olvidemos que sobre la base de la libertad negocial de los ciudadanos el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra también protegido implícitamente por el Derecho constitucional. El principio de voluntariedad consiste en que la preferencia por el tribunal de arbitraje antes que por los jueces ordinarios corresponde a una elección de las partes contratantes, surgida de un acuerdo previo voluntaria y libremente efectuado por ellas. En la jurisdicción ordinaria el proceso se muestra como parte inseparable a ella, en el sentido de que no puede haber jurisdicción sin proceso, ni viceversa). Por el contrario en el arbitraje su empleo sigue siendo

una alternativa, a elegir por los litigantes. El modelo heterocompositivo se conforma a partir de la presencia en el litigio de un tercero imparcial con poder para resolver el conflicto siendo la fuente de ese poder tanto pública como privada; en el primer caso, incumbe al Estado en atención a su organización política determinarlo, a diferencia del arbitraje, donde el poder dinamiza el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares, quienes trasladan el poder de autorregulación a un tercero. El modelo heterocompositivo incorpora la actividad de los jueces del Estado y la de los árbitros, pero el gran inconveniente que presenta la heterocomposición en el caso del arbitraje se manifiesta en la necesidad de recurrir a la jurisdicción para buscar su colaboración o asistencia para la ejecución forzada de sus mandatos. Nos hallamos ante una justicia privada que precisa la asistencia de la jurisdicción para los actos de ejecución forzosa para la eficacia de un laudo o de una medida cautelar.

ii) Con base en la autonomía de la voluntad los ciudadanos gozan en Panamá de total libertad para escoger cualquiera de los canales constitucionales existentes para acceder a la justicia y obtener la tutela de nuestros derechos o intereses. Bien entendido que como en todo Estado constitucional y democrático de Derecho, la autonomía de la voluntad de las personas privadas no es un derecho absoluto o ilimitado y, en este concreto ámbito, la institución del arbitraje debe ser ejercida de acuerdo con la Constitución y las leyes con respeto a la plena vigencia de los derechos fundamentales. Entenderá de la controversia un tercero, que puede ser juez o árbitro, al que las partes le confieren autoridad o le otorgan total confianza para decidir sobre un caso concreto. La eficacia de la actuación de este tercero imparcial reside en que el sistema heterocompositivo soluciona el problema a través de un proceso –judicial o arbitral– que permite a las partes comparecer, exponer, ser oídos y ejercer a plenitud su derecho a la defensa. Si Estado reconoce la libertad para renunciar a un derecho privado, cuando

está referido únicamente al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia, debe reconocer igualmente la posibilidad de elección de los medios legales existentes para resolver los conflictos. Son dos opciones paralelas que están protegidas por las normas constitucionales que permite llegar a la heterocomposición, y dentro de éste, al arbitraje o a los jueces comunes.

iii) El sistema arbitral sólo puede canalizar con eficacia sus objetivos de solucionar la controversia a través de un proceso, que lo vincula inexorablemente a la jurisdicción ordinaria. Y precisamente se considera al arbitraje como proceso, porque conceptualmente no es otra cosa. Se erige como un instrumento procesal cuya finalidad es la efectividad de los derechos sustantivos dentro de un orden preestablecido que permite a los árbitros la realización del encargo conferido a ellos por las partes y que facilita también a estas una amplia discusión de sus derechos. Sentando lo anterior, debe dejarse constancia de que nos hallamos ante un procedimiento que difiere radicalmente del jurisdiccional entre otras cosas porque no está dirigido por órganos pertenecientes a jurisdicción estatal. Un procedimiento dirigido por particulares designados por las partes, que deriva del acuerdo celebrado por ellas y se complementa por ministerio de la ley al conferirle los efectos de una sentencia judicial, que no precisa una homologación o confirmación judicial posterior.

B) Subsistencia de la posición jurisdiccional

Adelantemos desde ahora que el arbitraje no tiene porqué tomar su naturaleza “prestada” de otras instituciones jurídicas, sino que es evidente que, por sus propias características, estamos ante una institución de Derecho autónoma, con una regulación y efec-

tos propios frente a las demás figuras normativas¹⁴⁴. No obstante, la presencia de un debate aún no finalizado acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje¹⁴⁵ y la presencia de las denominadas teorías jurisdiccionalistas obligan a realizar unas consideraciones sobre esta cuestión con referencia, esencialmente al Derecho panameño.

La denominada posición jurisdiccional concibe que el árbitro tiene la misión de juzgar y por esa razón su decisión, el laudo arbitral, queda asimilado a una sentencia y que, en su virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria¹⁴⁶ pues su actividad dimana de esta última o implica una derogación de la jurisdicción¹⁴⁷. Mantiene esta corriente de opinión que el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que

¹⁴⁴ Vid., por todos, J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 81–82.

¹⁴⁵ La bibliografía sobre esta materia es muy extensa. Vid., por todos, J. Rubellín-Devichi, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965; L. Aravena Arredondo, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969; M. Serra Domínguez, “Naturaleza jurídica del arbitraje”, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 572–583; D. Barrios de Angelis, “Naturaleza jurídica del arbitraje privado. Su proyección en la práctica”, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 53–66. Como afirma N. Bouza Vidal “El resultado al que conduce este enfoque basado en la doble naturaleza contractual y procesal del arbitraje no es satisfactorio por dos motivos fundamentalmente. Por un lado, el arbitraje aparece rígidamente enmarcado por exigencias derivadas de otros sectores del ordenamiento, en lugar de responder a exigencias derivadas de su naturaleza propia y específica. Por el otro, la práctica ha evolucionado en sentido contrario a los resultado restrictivos al que conduce este planteamiento, ampliando progresivamente las materias susceptibles de arbitraje” N. Bouza Vidal, “Arbitrabilidad...”, loc. cit., pp. 372–373.

¹⁴⁶ F. Córdón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 39 ss.

¹⁴⁷ Para M.G. Monroy Cabra, “El arbitraje contiene una derogación de jurisdicción hecha por particulares para que sus litigios se tramiten ante los tribunales arbitrales establecidos en la forma determinada por la ley de cada Estado” (cf. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá, 1998, p. 23).

no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o privado y se trastocan en procesales, al otorgarles la misma ley, la tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas¹⁴⁸. No en vano, tomar como punto de partida una posición jurisdiccionalista conduce a considerar que el árbitro tiene la misión de juzgar y por este motivo su decisión, el laudo arbitral, queda asimilado a una sentencia y, consecuentemente, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria¹⁴⁹.

Proyectando este planteamiento al orden constitucional, el resultado sería que el árbitro se convertiría en una especie de delegado de la “función constitucional” de administrar justicia, estando obligado a aplicar el Derecho constitucional y sus decisiones estarían sujetas al control constitucional ejercido por los órganos y los mecanismos de la justicia constitucional. Frente a ello, cabe sostener que el mandato constitucional de aplicación de las normas constitucionales está dirigido a los jueces estatales, no a los árbitros; pero la ausencia de una obligación de hacerlo no implica que no puedan tomarlas en consideración si lo encuentran apropiado¹⁵⁰.

La doctrina publicista o jurisdiccionalista, defendida por algunos de los más conspicuos procesalistas contemporáneos, entiende

¹⁴⁸ O Muñoz Esquivel, “Naturaleza jurídica de la función de los árbitros”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. II, 2002, n° 2, pp. 10–13; F. González de Cossío, “Naturaleza jurídica del arbitraje. Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en México”, *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Anáhuac)*, n° 16, 2005, pp. 103–113; A.M. Lorca Navarrete, “La naturaleza jurídica del arbitraje”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2006.

¹⁴⁹ E. Loquin, “Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l’évolution récente du droit de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 294–295; F. Córdón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado...*, *op. cit.*, pp.39 ss.

¹⁵⁰ A. De Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Arbitraje*, vol. II, n° 1, 2009, pp. 29–79, esp. pp. 56–58.

que el arbitraje comporta un deslizamiento de la función jurisdiccional de los jueces y los magistrados hacia particulares designados por quienes son parte de un negocio o relación jurídica determinada. Desde el momento en que las partes insertan una cláusula arbitral en sus contratos o suscriben un acuerdo arbitral, se produce de manera automática una renuncia de la facultad jurisdiccional derivada del poder soberano del Estado, en favor de los árbitros. Por consiguiente, la función de los árbitros, de conformidad con este planteamiento posee un carácter jurisdiccional, aunque modo excepcional y temporal. Resulta impensable que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitraje se desprende la presencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria.

Indudablemente uno de los más destacados valedores de la doctrina jurisdiccionalista del arbitraje fue Carnelutti, quien sostuvo que la función desempeñada por el juez es una función “judicial” o, más exactamente, una función “jurisdiccional”¹⁵¹. Conforme a este planteamiento será la ley y no las partes la que confiere a los árbitros designados por las partes de la facultad de emitir el laudo administrando justicia. Y, qué duda cabe, la acción de administrar justicia no es otra cosa que un acto de soberanía. En consecuencia, semejante acto de soberanía desempeñado por particulares elegidos por las partes y no designados por el órgano correspondiente del Poder Público, sigue siendo un acto de soberanía

¹⁵¹ F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. I, Ed. Uteha, Buenos Aires (traducción de Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, p. 183, al hablar de los equivalentes jurisdiccionales, en concreto de la noción de equivalente jurisdiccional, como medio que pretende la composición de los conflictos, al igual que el proceso jurisdiccional, pero actúa el ordenamiento jurídico no por un interés público, sino privado, alcanzando la misma finalidad a que tiende la jurisdicción.

ejercido, cabe insistir en ello, no por voluntad o mandato de las partes, sino por prescripción de la ley que así lo contempla y lo regula. En otras palabras, según este autor, la facultad jurisdiccional investida en los árbitros les viene dada por autoridad de ley y no por obra de la voluntad de las partes.

A juicio de Devis Echandía, la cláusula arbitral deroga por sí misma la competencia del juez, pero no su jurisdicción. Para este autor, la derogatoria de la competencia comienza a producir sus efectos desde el momento en que se pactaba la cláusula arbitral, o desde la celebración del compromiso arbitral, si no se ha iniciado el juicio, y en caso contrario, desde que el tribunal arbitral solicite del juez la entrega del expediente. No obstante, concluye el mismo autor, la potestad de los árbitros surge cuando la ley se las otorga excepcionalmente y de manera privativa e imperativa¹⁵².

Nuestro ordenamiento jurídico, con base en lo preceptuado en el art. 11 del Decreto Ley 5 de 1999, dispone que el convenio arbitral celebrado por las partes produce un efecto de índole procesal que “consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral”. Por consiguiente, la celebración de un convenio arbitral en Panamá genera consecuencias jurídicas inmediatas que las partes podrán hacer valer *a posteriori*, siempre y cuando algún tribunal, de cualquier índole, que no sea el convenido por las partes, pretenda aprehender conocimiento de la causa.

Por su parte, J.L. Bonnemaison es del criterio de que “en el arbitraje, hay, efectivamente, un proceso jurisdiccional, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. Los árbitros quedan investidos transitoriamente de jurisdicción a partir de la aceptación del cargo y hasta el fin del arbitraje. Como quiera

¹⁵² H. Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, t. I, Buenos Aires, Universidad, 1984, p. 264; *Compendio de Derecho Procesal*, t. III, Bogotá, 1977.

que el arbitraje es libremente pactado por las partes, resulta que en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoria hay un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y la competencia, del juez al árbitro, en cada caso concreto”¹⁵³.

En el ámbito nacional, el gran jurista panameño Jorge Fábrega Ponce manifestó en su día que la teoría contractual del arbitraje ha sido superada aún en materia civil. Dicha teoría tiene incluso menos justificación en materia laboral, pues, según este autor, a pesar de que los árbitros son designados por las partes, es en el Código donde se derivan y reglamentan sus facultades¹⁵⁴.

C) Tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia panameña

La jurisprudencia panameña ha insistido en este planteamiento como se refleja en la resolución del Pleno CSJ de 29 de octubre de 1992 (*C. Fernie & Co., S.A. / Universal Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.*), que al referirse a la institución del arbitraje señaló:

“Por lo que respecta al arbitraje, es importante dejar establecido que el mismo es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre sujetos de Derecho, sean entes de Derecho público o personas jurídicas de Derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.

La doctrina privatista entiende que el arbitraje supone la existencia de un problema de Derecho material, mientras que las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos, pues le conceden carácter de auténtico proceso regulado por el Estado.

Aunque árbitros y arbitradores no ostentan la misma potestad jurisdiccional que la Ley otorga a Jueces y Magistrados, sí tienen facultad le-

¹⁵³ J.L. Bonnemaïson W., *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006.

¹⁵⁴ J. Fábrega Ponce, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Ed. Jurídica Panameña, 2004.

gal para decidir una cuestión sometida a su consideración y ello implica, en alguna medida, ejercer la jurisdicción que por autorización de la Ley los sujetos que recurren al arbitraje le reconocen a árbitros y arbitradores en el caso particular que los enfrenta como sujetos de derechos”.

Y en igual sentido, la Sentencia CSJ de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 8 de noviembre de 2000 (*Inmobiliaria Sucasa, S.A. / Cryogas de Centroamérica, S.A.*)

“El arbitraje es un proceso en nuestro país autorizado en la ley y reglamentado por esta, en lo que se establecen las normas respectivas, y como el derecho procesal es de orden público, es claro el trámite legal que debe seguirse rigurosamente so pena de nulidad, porque las partes no pueden disponer libremente sobre el procedimiento. La designación del árbitro mediante el acuerdo entre las partes constituye en sí una ampliación de las funciones del Estado; los árbitros, no obstante a pesar de ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarles una parte de la soberanía del Estado mientras dure el desempeño de sus funciones, a efecto que puedan resolver la disputa.

Y este planteamiento sería reforzado por la Sentencia de la misma Sala, de 14 de febrero de 2005 (*Greenhow Associates Ltd. / Refinería Panamá, S.A.*) afirmó que

“... los árbitros se configuran en jueces de pleno derecho y sus decisiones tienen fuerza coercitiva frente al resto de la comunidad judicial y administrativa, dándole a las partes mayor seguridad de que sus pretensiones, reconocidas en los laudos arbitrales serán respetadas. Esta seguridad jurídica promoverá en la sociedad la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos que redundará en beneficio de todos; una justicia más rápida y expedita; un descongestionamiento del sistema de administración de justicia ordinaria; y, una ampliación en la posibilidad del acceso a la justicia.

La manifestación de la voluntad de las partes a través de un acuerdo de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de éstos son condiciones que la ley impone para conferir el poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de

pactos sobre derechos disponibles. La referida sentencia de la Corte Suprema de Panamá de 29 de octubre de 1992, es expresiva de esta idea al afirmar que

“... al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas”.

A ello deben agregarse las repercusiones que suscitó en la doctrina y en la práctica panameña de la Sentencia CSJ de 13 de diciembre de 2001 cuando respaldó la eficacia del principio competencia–competencia, por dar inicio a una serie de discusiones acerca de la calidad de los árbitros, ya que algunos juristas panameños consideran que en párrafo incorporado al art. 202 de la Constitución les confiere la calidad de administradores de justicia y que dicha atribución tiene repercusiones de mayor alcance.

IV. Potestad jurisdiccional y arbitraje

1. Facultades de los árbitros

A) Carácter transitorio y excepcional

La Constitución confiere a los órganos judiciales la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Frente a ello las facultades que la potestad en la solución de una controversia por parte del árbitro abarcan únicamente la de juzgar, desempeñando una función quasi–jurisdiccional con independencia de su carácter público o privado. Es cierto que la justicia arbitral reviste los caracteres de

transitoria y excepcional¹⁵⁵, pero también es cierto que los árbitros administran justicia y, al hacerlo, desempeñan una función pública a la cual únicamente pueden acceder por la voluntad de las partes que, libremente, les facultan para decidir algún asunto litigioso susceptible de sometimiento a su dictamen. El arbitraje es un engranaje para que las partes puedan recibir una mejor y más adecuada justicia y, a la vez, es un medio administración de justicia de carácter alternativo en cuya base, esencialmente contractual, se incluye en el convenio arbitral, pero que no solamente goza de un reconocimiento constitucional, sino que participa de las ideas de respeto, confianza y equilibrio entre la justicia privada y la pública¹⁵⁶. Este engranaje no sólo puede utilizarse para resolver problemas de escasa entidad, sino que de hecho se emplea para solventar grandes crisis sociales.

La intervención de la voluntad de las partes de incluir en el contenido de un contrato o, en sentido más amplio, de un negocio jurídico, una cláusula de compromiso, y, en general, de someter las controversias surgidas en la ejecución del negocio o en el desarrollo de la relación jurídica al juicio y decisión de uno y más árbitros, integrados o no en una institución arbitral es el elemento determinante de su naturaleza jurídica¹⁵⁷. Esta voluntad inequívoca es precisamente, el elemento que legitima la actuación del árbitro, y la exclusión del derecho que todo ciudadano posee a acudir a la

¹⁵⁵ M.C. Rivier, "Justice arbitrale", *Rev. arb.*, 1995, pp. 274 ss.

¹⁵⁶ En la jurisprudencia española es sumamente elocuente la STS 1ª 10 abril 1991: "La sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros, a la que se someten las partes interesadas, sólo será eficaz y válida si se cumplen estrictamente los requisitos legales y convencionales establecidos, pues únicamente dentro de esos límites se desarrolla la potestad arbitral, respecto de la cual los compromitentes han manifestado el deseo de que sus diferencias sean resueltas, y cuya voluntad, al ser aceptada por los árbitros, se impone a éstos por virtud de la fuerza vinculante del contrato (compromiso)" RJ 1991, 2683.

¹⁵⁷ F. González de Cossío, "La naturaleza jurídica del arbitraje: en ejercicio de balance químico", *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol.8, 2008, pp. 509-525.

justicia estatal para resolver sus problemas, y de ello se deriva que esa exigencia de voluntad, sea inequívoca, es decir, que no aparezca duda alguna al respecto que pudiera poner en entredicho esa declaración de voluntad.

A partir de aquí el papel del árbitro es el simple mandatario de los contratantes y su actuación está vinculado al poder que estos le han conferido en el respectivo acto contractual, siendo entonces concluyente que el árbitro se ciña en el ejercicio de su mandato a ese acto. Por la propia naturaleza del arbitraje para aquello que las partes le han conferido poder de disposición, el árbitro goza de plena autonomía decisoria sin que consecuentemente puedan los órganos jurisdiccionales revisar el laudo con la única excepción de haber vulnerado aquél en la solución del conflicto el orden público, entendido éste como infracción de principios constitucionales. El convenio arbitral expresa una renuncia expresa de los particulares a la jurisdicción ordinaria, esto es para que para que la autoridad judicial primeramente competente conozca de una controversia. Ello entraña una consideración procesal negativa, procesal negativa, en cuanto que las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares, llamados árbitros.

Mucho se ha escrito de las ventajas del arbitraje frente a un proceso judicial. Baste dejar constancia ahora que en el arbitraje no sólo se respetan las garantías básicas, sino que incluso se mejoran. Tal es el caso, de un lado, de los principios de celeridad, de economía procesal para la solución definitiva de los puntos de discrepancia entre las partes, la pronta solución de la controversia y la disminución de los gastos del procedimiento y, de otro lado de la especialización de los árbitros en la materia que ha de ser resuelta en el conflicto¹⁵⁸, no en vano la especialización en materia mercantil convierte al sistema arbitral en la vía natural para zanjar

¹⁵⁸ Cf. F. Mantilla Serrano, “El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea”, *Revista Internacional de Arbitraje* (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá), n° 2, 2005, pp. 88–90.

los conflictos que surgen en el seno de la sociedad contemporánea¹⁵⁹. Ello beneficia sin duda la seguridad jurídica al resolver el problema en el menor plazo posible y con ello, se consigue que el acuerdo adquiera firmeza, favoreciendo a su vez el principio de estabilidad de las resoluciones¹⁶⁰, principalmente a través de la exposición precisa de los motivos por los cuales se puede solicitar la acción de anulación del laudo (art. 39 Decreto ley 5/99).

La celeridad se ha presentado siempre como distintivo del arbitraje por contribuir directamente al tráfico comercial sin entorpecerlo, al contrario de la jurisdicción con una duración significativamente más larga. Esto ha llevado a afirmar que si las partes realmente están interesadas en alcanzar una solución rápida, ellas mismas activarán su tramitación, para hacer del arbitraje un instrumento realmente eficaz. La celeridad del mecanismo arbitral está en función, necesariamente, de un diseño procedimental de instancia única. De ahí que se otorgue firmeza al laudo y se impida encuadrar la pretensión de anulación en una situación de litispendencia, desde luego inexistente. Si un laudo arbitral se encuentra sujeto a apelaciones o revisiones judiciales de fondo, la nota de celeridad pierde su razón de ser, ya que las partes terminan afrontando las instancias judiciales que son propias de los procesos ordinarios.

Los poderes del árbitro en la resolución de una controversia no tienen el mismo contenido que los poderes conferidos legalmente a los juzgados y tribunales, cuyo conjunto da lugar a la denominada “la potestad jurisdiccional”¹⁶¹. Los árbitros no se encuentran investidos de potestad jurisdiccional, sino que actúan en virtud de un encargo de las partes y, con este sustento, vienen obligado a

¹⁵⁹ P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 y Derecho societario*, Pamplona, 2005, pp. 161 ss.

¹⁶⁰ F. Cordon Moreno, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Civitas, 2010, pp. 21 ss.

¹⁶¹ V. Heuzé, “La morale, l’arbitre et le juge”, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, pp. 179–199.

cumplir su cometido en el tiempo que previamente le ha sido fijado por los contratantes o el que señala subsidiariamente la ley. Además, frente al poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, atribuido *ex lege*, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando lo establecido por la voluntad de las partes no permita precisar con detalle su misión, o para ejecutar lo resuelto en el laudo¹⁶².

No es facultad exclusiva del Estado resolver las controversias. La función del Estado es dirimir de manera que una resolución pueda tener eficacia coactiva. Un laudo no puede en sí mismo ser objeto de ejecución forzosa, pues es un acto realizado por particulares. En esencia lo que produce ejecución es la propia resolución emanada por los tribunales que el ordenamiento jurídico reconoce validez, estableciendo su obligatorio cumplimiento. Y esto no acontece en el procedimiento arbitral.

El arbitraje como instrumento alternativo para la solución de conflictos es una alternativa contundente a la intervención de los tribunales de justicia, pero para que sea eficaz se exige, de manera perentoria, la no intervención de los tribunales en el ámbito establecido por los convenios arbitrales. Ahora bien en función de que ambas vías de solución de controversias se entrelazan en la consecución del objetivo común del mantenimiento de la paz social debe quedar bien establecido que no existe oposición esencial entre ellas. Por el contrario, es menester una cooperación jurisdiccional para que el arbitraje se desarrolle, pues como se ha indicado con reiteración, no implica una expresión del poder público. Recuérdese que el árbitro carece de *imperium* y para que sus decisiones puedan desplegar todos los efectos que el ordenamiento jurídico prevé para la solución de conflictos.

¹⁶² Vid. para el caso español, A. Fernández Pérez, “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 149–168.

B) Necesidad del auxilio judicial

Abundando en lo anterior debe dejarse bien sentado que la potestad del árbitro para resolver un litigio no tiene el mismo alcance que la potestad jurisdiccional que otorga la ley a los juzgados y tribunales. Estos últimos cuentan con el poder, reconocido constitucionalmente, de juzgar y ejecutarlo juzgado. Por el contrario, el árbitro precisa del auxilio de dichos juzgados y tribunales cuando lo expresado por la voluntad de las partes no permita que el procedimiento se desarrolle con normalidad, o no sea posible el cumplimiento de lo establecido en el laudo. En consecuencia, debe descartarse cualquier construcción jurídica que establezca que a través del convenio arbitral las partes por los árbitros se inmiscuyan en la jurisdicción, que es una función propia y exclusiva de cada Estado¹⁶³.

Ahora bien, “para que un árbitro pueda cumplir con su deber, requiere estar investido de una serie de facultades o poderes que le permitan el ejercicio de su función, los cuales le son conferidos por las partes en el convenio arbitral en forma concreta, directa e inmediata, y por el Estado, ya sea mediante una ley o una norma constitucional”¹⁶⁴.

Los árbitros carecen de la *potestas* de la que están revestidos los tribunales. Tanto unos como otros pueden decir el Derecho ante el caso concreto. Sin embargo, sólo los tribunales pueden ejecutar lo juzgado, transformando la realidad para hacer efectiva la

¹⁶³ Cf. A. Mezgravis, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 50, 1996, pp. 369 ss; en el mismo sentido vid. A. Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela: informe al Comité AIDA CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela”, *ibid.*, n° 51, 1997, pp. 320–321.

¹⁶⁴ Sentencia de la CSJ (Pleno), 4ª de negocios generales, 28 de diciembre de 2009 (*Inmobiliaria La Nación, S.A. contra H. A. Engineering, Inc.*)

tutela otorgada en sus resoluciones. Por esta razón, el ordenamiento prevé determinados cauces a través de los cuales la función jurisdiccional se pone al servicio del arbitraje con el fin de hacer posible su efectividad cuando pueda resultar necesario, ya sea al inicio del procedimiento, durante su sustanciación o tras la emisión del laudo.

El arbitraje ha dejado hace mucho tiempo de ser una institución de moda para consolidarse en muchos sistemas jurídicos. En los sistemas donde se ha establecido, en su sentido moderno, más recientemente ha deparado muchas expectativas, aunque con carácter desigual para la arbitraje interno que para la arbitraje internacional. En Panamá las expectativas que muchos pusieron en la del Decreto ley 5/99 han quedado en alguna medida defraudadas, pues todavía los centros de arbitraje que existen en este país no se han consolidado y es necesario la creación de nuevos centros vinculados bien a las cámaras de Comercio, o bien al Colegio de Abogados. Y, por su parte, tampoco Panamá se ha convertido en un centro internacional de arbitraje, en una plaza donde se desarrollen arbitrajes vinculados a América Latina, como se había previsto en los primeros años de la entrada en vigor del Decreto ley 5/1999. Se presentó el arbitraje como una panacea que podía resolver los graves inconvenientes de la justicia estatal, se estableció una imagen excesivamente risueña del arbitraje que siempre quedaba bien parada si se la comparaba con el procedimiento jurisdiccional. Han pasado los tiempos en que tenía una cierta justificación la confrontación entre jueces pertenecientes a la justicia estatal y árbitros¹⁶⁵. Superada esta etapa de grandes aspiraciones en el ámbito arbitral, es de justicia señalar que la normativa introducida el año 1999 ha sido muy importante para la descongestión de la justicia en Panamá y si bien es necesario avanzar en una re-

¹⁶⁵ F. Flores-García. “Una fórmula heterocompositiva recomendable: El arbitraje”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Chile), vol. 17, 1996, pp. 143–185.

gulación más moderna, dicho avance debe tener siempre como objetivo una ordenación del arbitraje en la línea de las modernas legislaciones, sin que por ello deba de darse un seguidismo automático a los modelos emanados de determinados centros internacionales de arbitraje. Y, paralelamente, debe huir de las construcciones que pretenden dotar al arbitraje de una concepción puramente localista y ajena a los intereses de los justiciables. En el momento en que se escribe estas líneas en Panamá han fracasado dos iniciativas legales presentadas entre los años 2012 y 2013 que pretendían dotar al sistema panameño de nuevas normas. Me refiero al proyecto de nueva ley de arbitraje presentado por un grupo de profesionales vinculados a los grandes despachos de abogados y el proyecto de Ley de Derecho internacional privado, inspirada en el conocimiento profundo de la materia del doctor Boutin, que contenía un complejo capítulo dedicado al arbitraje internacional. A ello nos referiremos con detenimiento en el Capítulo II de la presente tesis.

A la espera de que alguna de estas iniciativas prospere no puede ignorarse el peso de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia que ha convertido Panamá en un importante lugar de estudio sobre cuestiones de arbitraje que ha dado indudables aportaciones entre las que destaca el estudio de las relaciones entre jurisdicción de arbitraje¹⁶⁶ que, como tendremos ocasión de estudiar en los capítulos III y IV de la presente tesis de doctorado, sigue suscitando amplias dudas en la construcción del arbitraje interno y del arbitraje internacional. Por lo que se pretende es que cada vez en mayor medida el arbitraje se desvincule en todo lo posible de la jurisdicción y que, por su parte, esta última se limite a desempeñar las funciones de auxilio y de control que son inherentes a los jueces a los tribunales. Con ello las tensiones que se han producido

¹⁶⁶ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción como solución de conflictos: una complementariedad ineludible”, *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 423–456. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal ISBN 9962–8901–0–1.

hasta la fecha entre jurisdicción de arbitraje desaparezcan para dar lugar a un equilibrio adecuado entre ambas en favor de la realización de la justicia¹⁶⁷.

Es bien sabido que en toda organización de los Estados el poder judicial es el que desempeña la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sin embargo los requerimientos de la sociedad han afectado al desarrollo integral de las instituciones del Estado en el sentido de exigir que las controversias se resuelvan en menor tiempo del que tradicionalmente dispone el poder judicial. Aquí se suele citar un tópico en el sentido de que una justicia lenta no es una auténtica justicia y por ello se ha desarrollado de manera verdaderamente vertiginosa el arbitraje como medio de solución de controversias entre particulares. Esto es obvio, como también lo es el procedimiento arbitral posee unas características especiales porque no existe jurisprudencia arbitral y puede existir. Al margen de que no desarrollan funciones jurisdiccionales, los árbitros resuelven un caso concreto y no están vinculados por precedentes obtenidos en arbitrajes anteriores. Es cierto que ya han aparecido determinados repertorios sobre jurisprudencia arbitral; es cierto también que muchas páginas web incluyen laudos en su totalidad o resúmenes de sus aspectos esenciales; por último también es cierto que ciertos laudos arbitrales son de referencia obligada y que los árbitros que quieren vincularse a un determinado centro de arbitraje los utilizan como si fueran precedentes de obligado cumplimiento. Pero al margen de cualquier planteamiento posibilista la realidad muestra que no puede darse el mismo trato a un laudo arbitral que una decisión judicial a los efectos de fundamentar un determinado fallo que¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Dentro de la doctrina española *vid.* F. Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción...*, *op. cit.*

¹⁶⁸ C.M. Schmitthoff, "The Jurisdiction on the Arbitrator", *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 285–293.

Sentado lo anterior tampoco puede ignorarse que los árbitros, cuyo poder deriva de las partes y de la autorización legal, desempeñan un papel similar al de los jueces, con las necesarias notas de independencia y autonomía, en el marco de un determinado arbitral y que dictan su decisión bien en derecho o bien en equidad pero siempre de manera independiente. No es de extrañar entonces que el laudo tenga un reconocimiento esencial y que sea respetado socialmente.

Si históricamente, el recurso al arbitraje mercantil se ha utilizado para solicitar condenas pecuniarias en la actualidad, sin embargo, determinadas disputas sobre propiedad intelectual o industrial, societarias, o puramente contractuales, no pueden resolverse con éxito sin el recurso a este último tipo de condenas. A pesar de una presencia cada vez mayor, el recurso a la condena no pecuniaria encuentra serios obstáculos de índole conceptual para ser adoptada como un mecanismo a disposición de los tribunales arbitrales. El propósito del presente trabajo es el de crear un marco de análisis para un árbitro enfrentado a la decisión de ordenar, o no, una condena no pecuniaria. Este marco presenta los argumentos para enfocar la decisión desde un punto de vista sustantivo o procesal, articula e interpreta las fuentes de las que el árbitro puede extraer su potestad para dictar condenas no pecuniarias¹⁶⁹.

No por el hecho de constituir un tópico es menos verdad que la fuerza jurídica del laudo arbitral deriva de la propia voluntad que se expresa en la emisión de los actos jurídicos y se recoge en un acuerdo susceptible de generar consecuencias jurídicas la principal de las cuales es que los que se han involucrado en tal decisión quedan sometidos a la decisión que en el futuro adopte un tercero denominado árbitro. Pero ello no implica que la potestad del árbitro tenga un carácter jurisdiccional en el sentido estricto de la pa-

¹⁶⁹ Esta cuestión se estudia en profundidad en D. Ramos Muñoz, “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, *Arbitraje*, vol.I, nº 2, 2008, pp. 661–730.

labra, esto es, la potestad que el ordenamiento jurídico otorga a los jueces y a los tribunales; entre otras cosas, no están en disposición de ejecutar lo juzgado, precisando en algunos casos el auxilio del juez cuando lo convenido por las partes sea insuficiente para el desarrollo del procedimiento arbitral y la consecución del laudo.

A partir de aquí es evidente que existe una clara relación de dependencia entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales de un Estado. Pero esta dependencia no supone minimizar en modo alguno la función arbitral. Es esta una actividad de carácter privado cuya independencia y autonomía está protegida especialmente por la ley respecto a eventuales intervenciones del Poder Judicial, del Ministerio Público o de otras autoridades administrativas. Dicha protección permite que los árbitros ejerzan su función de *iuris dictio* sin interferencias y con total plenitud, resolviendo el litigio que las partes les han sometido. De conformidad con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Negocios Generales) de 18 de marzo de 2008 el arbitraje en Panamá

“... es un modelo de composición privada que permite a las personas encargar a un tercero, en este caso un Tribunal Arbitral, la tarea de dirimir un asunto sobre el cual se tenga libre disposición o que previamente no haya sido objeto de pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria.

Es un hecho notorio, que el árbitro, dentro del arbitraje comercial regentado por el Decreto ley 5/99, ejerce sus funciones en razón de un mandato que le otorgan los particulares; y así como se indica en la doctrina y jurisprudencia foránea, en el ámbito doméstico, ningún arbitro profiere sus decisiones invocando algún poder otorgado por la República de Panamá; elemento que afianza la tesis que el árbitro, aun cuando pueda ejercer funciones jurisdiccionales, pues resuelven conflictos, pudiendo hacerlo a través de la declaración objetiva de la voluntad del legislador; en ningún momento extravía la condición de particular.

Una última cuestión atañe a si los árbitros están facultados para resolver sobre la constitucionalidad de una norma, ya que, al igual que los jueces, deben aplicar todo el Derecho que es una realidad sistemática y que encuentra en su cúspide a la Constitución

Nacional. Resultaría una contradicción imponer a los árbitros que fallen conforme a derecho, pero impedirles aplicar la propia Constitución.

2. Imposibilidad de asimilar la actividad arbitral con la jurisdiccional

A) Ausencia de paralelismos

La asimilación entre la actividad arbitral con la jurisdiccional es uno de los debates más concurrentes en el estudio del arbitraje. Es cierto que poseen elementos que los identifican pero también hay elementos que los diferencian y estas notas distintivas conduce a la negación del carácter jurisdiccional al arbitraje. La ausencia del poder de ejecución y la posibilidad del control jurisdiccional sobre los actos de disposición de las partes privadas conduce a la inclusión del arbitraje dentro del catálogo de los mecanismos alternos al procedimiento judicial, orientado a la composición de los conflictos. También es cierto que el árbitro tiene una función análoga a la del juez lo que no puede llevar a considerar que sea idéntica. Un elemento los distancia esencialmente: el poder de ejecución y el control supra ordenador de la jurisdicción sobre la actividad arbitral, y tan realidad que no puede sustentar una relación de identidad entre el juez y el árbitro¹⁷⁰.

No puede considerarse el arbitraje como una institución de justicia privada que opere de forma paralela a los órganos jurisdiccionales del Estado, sino como un instrumento de carácter contractual para la resolución de controversias, aunque con claros efectos jurisdiccionales¹⁷¹. El arbitraje no puede concebirse como un dispositivo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su

¹⁷⁰ Ph. Fouchard, “Le juge et l’arbitrage: Rapport général”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 415–430.

¹⁷¹ B. M. Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista Internacional de Arbitraje*, enero–junio 2007, Bogotá, Colombia, p. 13.

sustitutorio, sino como una opción que perfecciona el sistema judicial puesta a disposición de los operadores jurídicos para la solución pacífica de las controversias. El arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea totalmente imprescindible, y de ahí la enunciación del principio de exclusión de la intervención judicial. Sin la existencia de tal principio el arbitraje carecería de viabilidad, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución¹⁷². Resulta indiscutible que los árbitros garantizan una justicia más rápida, ajustándose a las prescripciones y a los plazos que las partes les han concedido para dictar el laudo.

La tarea esencial de los jueces y tribunales consiste en resolver, definitivamente y mediante la aplicación del Derecho, los conflictos que ante ellos se plantean. El presupuesto material de la jurisdicción lo conforma, pues, un conflicto, que puede ser “inter-subjetivo” o “social”. El primero aparece como consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo, perteneciente al ámbito del Derecho privado (*v.gr.*, el derecho de propiedad o cualquier derecho real) y tiene carácter disponible. Por el contrario, el conflicto social se identifica por la trasgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección (*v.gr.*, los delitos e infracciones administrativas) y se rigen por normas del Derecho público, por lo que suelen ostentar naturaleza “indisponible”.

De esta suerte el arbitraje implica, en primer lugar, la existencia de una controversia, en segundo lugar, la resolución de la misma a través de un tercero que no es una autoridad estatal, sino un particular, en tercer lugar, que dicha resolución tiene carácter final y no está sujeta a mecanismo alguno de apelación. Es cierto que muchas legislaciones se utiliza la expresión arbitraje para aludir a instancias administrativas que nada tienen que ver con la institución que acaba de delimitarse e, incluso, determinadas disposi-

¹⁷² A. Xiol Ríos, “El arbitraje y los tribunales de justicia”, *La Notaría*, n^{os} 47–48, 2007, pp. 71–84.

ciones legales involucran dichas instancias con el arbitraje estableciendo la aplicación residual de la normativa general que regula la institución arbitral. Pero este recurso, cuya constitucionalidad en muchos sistemas es bastante precaria no debe conducirnos a una confusión terminológica. Una cosa es el arbitraje de derecho privado y otra muy distinta es la institución arbitral sea utilizada como un cauce para resolver disputas de carácter administrativo. El arbitraje, la primera de estas dimensiones, aparece como una decisión de carácter voluntaria libre y concertada y, por descontado, con un sustrato eminentemente contractual.

B) Consecuencias de la falta de *imperium* del árbitro

Frente a la jurisdicción el arbitraje incluye como hipótesis que la materia sea arbitrable, concibiéndose por tal todas las cuestiones que se hallen dentro del ámbito privado y que puedan ser dispuestas por las propias partes involucradas en la controversia¹⁷³. En ese sentido, la función arbitral resulta por un lado incompleta y a la vez temporal. Es cierto que el árbitro tiene la potestad resolver u conflicto y declarar derechos, no obstante si la parte que ha perdido el pleito incumple la decisión final del árbitro (laudo arbitral), se deberá acudir a la vía ejecutiva, y es ahí donde la institución arbitral muestra su debilidad puesto que el ejercicio de la función ejecutiva implica el uso de la coerción, que es una manifestación de un *imperium* del que carecen los árbitros ya que úni-

¹⁷³¹⁷³ Como afirman B. Cremades e I. Magdalena, “La función primordial del árbitro es dictar un laudo vinculante respecto de aquellas controversias que las partes le han sometido. Su función incluye llevar a cabo el procedimiento de la forma más eficaz y eficiente posible, de conformidad con el acuerdo entre las partes, las disposiciones del reglamento arbitral aplicable o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites establecidos por las normas imperativas de la sede” (cf. “La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional”, *loc. cit.*, p. 354).

camente pertenece al Estado quien la ejercerá a través de sus órganos competentes¹⁷⁴.

La ausencia de coerción para ejercer la función ejecutiva es una de los aspectos que limita la institución arbitral. Sin embargo, el árbitro viene investido como tal por la voluntad de las partes, que lo designan. La carencia de *imperium* por parte del tribunal arbitral significa únicamente que su decisión, como tal, carece de un mecanismo de coerción propio y, por tanto, se encuentra subordinada al procedimiento de reconocimiento y ejecución judicial, que es el que lo dota de efectos coercitivos, mediante el auxilio de la fuerza pública¹⁷⁵. Prescindiendo de la mayor o menor bondad de la afirmación, es frecuente escuchar que el árbitro tiene *auctoritas* pero carece de la *potestas*, del *imperium*, para hacer cumplir coactivamente su decisión. Solo el juez en cuanto tal es estatuido como tal por el Estado y por ello es depositario de la potestad jurisdiccional, goza de la nota de la independencia y está llamado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por consiguiente, ambos pueden solucionar un litigio con igual eficacia, pero la ejecución forzosa de lo juzgado, al requerir la coacción, el *imperium*, queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional¹⁷⁶. Dejando bien sentada esta carencia *imperium*, esa conclusión no llega debe también afirmarse que la actuación arbitral tiene la autoriza-

¹⁷⁴ A. Bernardo San José, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, Comares, 2002”, pp. 8–17.

¹⁷⁵ La *Cour d'Appel* afirmó que “*Et considérant que l'absence d'imperium de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant notamment l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique; qu'elle ne lui interdit pas en revanche, lorsque telle est sa mission, de prescrire aux parties des obligations de faire sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision du contrôle préalable de l'autorité publique*”. *Torno v. Kumagai* *Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. C)*, 19 May 1998. *Vid.* S. Jarvin, “Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel?”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 611 ss.

¹⁷⁶ Ch. Jarrosson, “Réflexions sur l'*imperium*”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 245–279.

ción y reconocimiento constitucional y legal que admite y desarrolla el mecanismo alternativo, y porque al descender a los detalles, la del Decreto ley 5/99 autoriza que el convenio arbitral pueda prever la ejecución de medidas cautelares siempre que las partes así lo estipularen. Es preciso insistir en que la referida carencia de *imperium* no impide el normal ejercicio de la función arbitral pues esta cuenta no sólo con el reconocimiento sino con la expresa autorización tanto de la Constitución como de la ley y ambas admiten el libre ejercicio de este mecanismo alternativo y ello al margen de aspectos concretos como que el Decreto ley 5/99 reconozca expresamente que en el convenio arbitral se pueden establecer la posibilidad de que los árbitros establezcan medidas cautelares siempre, claro está, que las partes a

A partir de aquí debemos colocarnos en el mundo de los intereses. Distintos colectivos se mueven dentro de este terreno comenzando por los abogados. Sin duda este colectivo puede aspirar legítimamente a la defensa de determinados intereses corporativos susceptibles de rechazar determinadas reformas del funcionamiento de la justicia estatal sobre la base de contribuir a su eficiencia. Pero los abogados no deben olvidar nunca que en su ámbito de actividad deben estar presente siempre objetivos de ética profesional que no pierdan de vista que, a la postre, constantemente han de estar al servicio de sus clientes.

Las circunstancias arriba descritas han dado la voz de alarma dentro de lo que brillantemente se ha denominado por el profesor Juan Sánchez Calero, la “deslealtad arbitral”. La deslealtad arbitral puede proyectarse en distintos momentos y sectores del arbitraje.

i) La primera de ellas hace referencia al instrumento esencial para la puesta en marcha del arbitraje que es el convenio arbitral y se manifiesta en que una de las partes niega su contenido y vigencia pese a que ésta figure redactada en términos claros e inequívocos.

cos, teniendo esa negación un objetivo claramente obstruccionista del arbitraje cuando no meramente dilatorio. Con ello asistimos a una importante actitud antijurídica que contraría el postulado de que nadie puede ir contra sus propios actos.

ii) El objetivo de la segunda le deslealtad es el propio árbitro y adopta la forma de cuestionar su necesaria independencia e imparcialidad cuando a sabiendas se ha propuesto para tal función a alguien directamente vinculado a las partes o a su defensa.

iii) La tercera deslealtad se dirige contra la esencia del propio procedimiento arbitral trasladando de forma mimética los tradicionales vicios inherentes al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, señaladamente las chicanas, con un discutible ejercicio de la flexibilidad inherente al arbitraje; acontece tal situación cuando se solicitan medios de prueba manifiestamente impertinentes o redundantes o que reivindican innecesarios, por prematuros o repetitivos, trámites de alegaciones o conclusiones¹⁷⁷.

Otro de los elementos recurrentes para refutar el carácter jurisdiccional de la actividad arbitral hace referencia a la materia objeto de la controversia. Y es que únicamente son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho junto con aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. De ello se infiere que la ley excluye de la competencia de los árbitros muchos asuntos a) lindantes con el orden público; b) que vinculen a especiales intereses de la sociedad en su conjunto, o c) que excedan del marco estricto del Derecho privado. Consecuentemente la actividad y capacidad de los árbitros es limitada, en tanto que la de los jueces es amplia, absoluta y, en principio, ilimitada.

¹⁷⁷ Vid. el agudo estudio de J. Sánchez-Calero Guilarte, “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, *La nueva Ley de arbitraje. Estudios de Derecho Judicial*, nº 102, Madrid, 2006, pp. 367–374.

En otro orden de cosas, la solución arbitral sólo puede lograrse cuando exista un acuerdo expreso de las partes para someterse a la decisión del árbitro pues, dado su carácter voluntario, son ellas quienes invisten al árbitro para que realice su misión. Si el concierto de voluntades no se logra en un primer momento, el tercero no podrá actuar propiamente como árbitro sino, todo lo más, como mediador, limitándose a proponer una solución, pero no a imponerla. Caso de que se carezca de este acuerdo inicial de las partes en litigio, el Estado, a partir de los órganos de la justicia estatal declina la protección de la ejecutoriedad de la solución dada por un particular.

Además, no existe coincidencia entre el marco de relaciones jurídicas en que pueden ser objeto de la acción del juez y o del árbitro. Mientras que los órganos jurisdiccionales están llamados a resolver todo tipo de conflicto derivado de cualesquiera relaciones jurídicas, los árbitros únicamente pueden desempeñar su labor en un marco limitado a las materias que sean de libre disposición de las partes.

En suma, la institución del arbitraje se encuentra circunscrita por dos postulados: de un lado, que no pueden ser objeto de arbitraje aquellos conflictos en los que se encuentre comprometido el interés público y, de otro lado, que los árbitros solo tienen facultad para conocer las controversias, pero no pueden ejecutar lo resuelto.

El arbitraje no quebranta, los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional¹⁷⁸, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y, además, como hemos apuntado, los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potes-

¹⁷⁸ J.M. Gil-Robles y Gil-Delgado, “Unidad jurisdiccional y atribución de facultades arbitrales a órganos de la Administración”, *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, EEF, 1983, pp. 1385 ss

tad jurisdiccional¹⁷⁹. En orden al carácter efímero del ejercicio de la función arbitral debe precisarse que con la emisión del laudo, el tribunal arbitral pierde su competencia, a diferencia de las autoridades judiciales del Poder Judicial quienes ejercen potestades jurisdiccionales de manera permanente. Al contrario de lo que acontece con los jueces estatales¹⁸⁰ la función arbitral no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones asignadas y a un tiempo determinado que las partes, o en defecto de pacto expreso, la ley, le otorgan para la expedición del laudo. Está, pues, limitada, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo; de ahí que se afirme que nos hallamos ante una verdadera función jurisdiccional, aunque efímera¹⁸¹.

¹⁷⁹ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, n° 19, 2005, p. 72.

¹⁸⁰ Entre las potestades con las que cuentan destacan dos: la inamovilidad y la invocabilidad. La inamovilidad, entendida como el derecho que tienen los funcionarios públicos a no ser separados de sus cargos, si no es por causa de mala conducta, ineptitud o negligencia en el desempeño de sus funciones, y siempre, a condición de que se les haya incoado un expediente previo en el cual han de ser oídos, o bien por alcanzar la edad de su jubilación, asegura al magistrado la estabilidad del cargo, la permanencia en el puesto y en las funciones. La invocabilidad es la prohibición que tienen los tribunales superiores para conocer, sin que medie recurso alguno, un asunto pendiente ante otro inferior. *Vid.* L. Díez Picazo, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 60 ss.

¹⁸¹ Resulta muy ilustrativo un pasaje de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 26 de junio de 1995 (C-294/95): “Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia ‘en los términos que determine la ley’. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral. No existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se venti-

Ello es lógico pues es el Estado el encargado de garantizar el servicio de la administración de justicia. Ahora bien, la labor que cumple la institución arbitral en la solución de controversias, es muy eficiente, puesto que tenemos una jurisdicción arbitral, de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales, que viene cumpliendo con la potestad jurisdiccional poniendo fin a litigios de manera vinculante e irrevocable, mereciendo el laudo autoridad de cosa juzgada, es decir que causa estado y se instituye en cosa juzgada material desde el momento de la notificación a ambas partes¹⁸². Y a esto hay que añadir que el carácter de inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal de los laudos arbitrales, dado que el art. 22 del Decreto ley 5/99 que “el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada y no cabrá v contra él recurso alguno, salvo el de anulación”. En consecuencia, una vez pronunciado el laudo y sin que las partes hayan interpuesto recurso de anulación o rechazado el interpuesto por los tribunales estatales, concluye el proceso arbitral poniendo fin a la controversia y adquiriendo el laudo adquiere todos los efectos jurídicos de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo tanto irrevisable el mismo por otro juez o tribunal jurisdiccional.

Se presentan en el proceso ciertos elementos legitimadores, tales como la imparcialidad del juzgador, los principios de igualdad, de audiencia, de contradicción¹⁸³, de impulso de oficio y, en general, todas las garantías que integran el derecho al “proceso debido”. El proceso no constituye, pues, la causa o fin en sí mismo de la jurisdicción, sino el instrumento para la correcta aplicación del

lan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral”.

¹⁸² F. Flores–García. “Una fórmula heterocompositiva recomendable: El arbitraje”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Chile), vol. 17, 1996, pp. 143–185.

¹⁸³ C. Kessedjian, “Principe de la contradiction et l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1995, pp. 381–410.

Derecho objetivo a los conflictos concretos. A ello cabe agregar que, particularmente en el arbitraje comercial internacional, los derechos de defensa y los principios de igualdad, audiencia operan más que como límites como criterios de armonización en las cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral teniendo muy presentes que actúan, no tanto como límites, sino como criterios armonizadores en las cuestiones procedimentales conforme a las exigencias de la práctica¹⁸⁴.

Al lado de la cuestión de la notificación deficiente¹⁸⁵ se halla la acreditación por parte de quien pretende la anulación del laudo de que los árbitros han vulnerado los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes; esto es que se ha producido indefensión privándose a la parte de la posibilidad para realizar alegaciones o proponer pruebas. De acuerdo con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, 29 de junio de 2001 (*Central de Fianzas, S.A. / Bridgefarmer Panamá, S.A.*), nos hallamos ante una figura que tiene un carácter instrumental

“... en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido, que se desarrolle sin dilaciones injustificadas; oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente; de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria; de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las de la contraparte; de modo que los sujetos procesales puedan defender efectivamente sus derechos”.

¹⁸⁴ S.M. Schwebel & S.G. Lahne, “Public Policy and Arbitral Procedure”, *International Council for Commercial Arbitration*, ICCA Congress series n°. 3, Nueva York, 1987, p. 205.

¹⁸⁵ En la Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 20 septiembre 2006 (*L.J.-M. Parienti contra A.T.T.T. y el Estado Panameño*), respecto a la notificación a una entidad estatal, la Sala consideró probada la causal invocada por el recurrente en cuanto a que no fue notificado en debida forma una de las partes (el Estado) de la iniciación del arbitraje, ni de los trámites subsiguientes del proceso quien no obstante no haber comparecido legalmente al proceso y por tanto encontrarse en estado de indefensión, resultó condenado por el laudo arbitral cuya anulación se solicitaba.

Y en ello abunda la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 6 de enero de 2003 (*Spur Enterprises, Inc. / Cable & Wireless Panamá, S.A.*), al considerar que: “la violación de garantías constitucionales del debido proceso e inadmisibilidad de pruebas, únicamente pueden alegarse en circunstancias específicas en las que el procedimiento no se cumple a cabalidad y según los parámetros procesales establecidos, al punto de impedirle a una de las partes la oportunidad de probar y contraprobar con clara violación a su derecho de defensa”;

3. Prestación del árbitro

A) Contenido y efectividad

El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales¹⁸⁶. Por el contrario Los árbitros son prestadores de servicios profesionales contratados como expertos en una materia para resolver un problema. No son autoridades y, en consecuencia, no forman parte de la administración pública y no cuentan con poder público. Son personas privadas que emiten una opinión sobre a quién asiste la razón o el derecho de entre las partes en disputa, y ésta opinión, recogida en un laudo es tan ejecutable como una sentencia de última instancia.

El servicio ofrecido por un árbitro es el de resolver una controversia entre dos o más partes, una función que no puede asimilarse a la representación y defensa de los intereses que de las par-

¹⁸⁶ Cf. J.R. Caivano, *Negociación, conciliación y arbitraje*, Lima, 1988, p. 220.

tes efectúan los abogados. Por el contrario, el desarrollo de la función arbitral supone el ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, le resulta de aplicación los preceptos constitucionales los jueces, y por extensión, también los árbitros, quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, la función que desempeñan los árbitros en la resolución de un litigio no supone que éstos dispongan de las mismas facultades que los jueces y tribunales; y de manera alguna los árbitros suplantan la función constitucional atribuida a los jueces de decidir y ejecutar sus decisiones

Precisamente por eso dicho ejercicio ha llegado a ser cuestionado al considerarse que las disposiciones que lo rigen son demasiado amplias y no contemplan todos los supuestos que pueden llegar a presentarse y porque las facultades de los árbitros para conducir el procedimiento pueden dar lugar arbitrariedades en perjuicio del derecho de debido proceso de las partes¹⁸⁷. Además, no puede desconocerse la existencia de ciertas técnicas procesales que ponen en peligro la propia efectividad del arbitraje es el caso de que determinadas acciones que se han practicado han tenido un resultado negativo al haber sido entorpecidas por complejos y farragosos trámites a lo largo del procedimiento arbitral. Semejantes actuaciones tiene un resultado claramente perverso a la hora de la ejecución del laudo de ahí que sea aconsejable su divulgación para

¹⁸⁷ Incluso en México, hace algunos años se discutió la constitucionalidad del art. 1435 del Código de Comercio, que faculta al tribunal arbitral para conducir el arbitraje del modo que considere apropiado, argumentando que omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento, al otorgarle facultades omnímodas al tribunal arbitral. *Vid.* Amparo en revisión 759/2003, quejoso *Teléfonos de México, S.A. de C.V.* El asunto fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia fechada el 30 de junio de 2004. *Cf.* C. Flores Rueda, “El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje”, *El arbitraje en el Perú y en el mundo* (C. Soto Coaguila, dir.), Lima, Magna, 2008, pp. 311–322, esp. p. 312.

conocer con precisión la auténtica evolución de la práctica del arbitral panameña.

En suma, el arbitraje y los procedimientos judiciales pese a su aparente similitud ofrecen rasgos muy diferenciales son, en esencia, distintos. El arbitraje es una forma de solucionar controversias, mientras que los procedimientos judiciales son una forma de impartir justicia. Como afirma el profesor en muchas de sus conferencias, J.C. Fernández Rozas el juez “juzga”, mientras que el árbitro “resuelve” una controversia en los términos establecidos por las partes. Siguiendo con el juego de palabras puede afirmarse que un árbitro desde la perspectiva de su función social y de los resultados de su actividad “es como” un juez, pero teniendo siempre presente que “no es” un juez. Asimismo un arbitraje “es como” un proceso judicial porque como en éste se dirime jurídicamente una controversia, pero “no es” un proceso judicial.

Al margen de lo anterior y debido a su componente procesal, el arbitraje comparte ciertos principios propios de los procedimientos judiciales, como lo es el debido proceso, que en el arbitraje se traduce como la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. De esta forma, así como el juez tiene está limitado por las garantías constitucionales de debido proceso, el árbitro está limitado por la referida regla. Ello explica que en claro reconocimiento de los contenidos y trascendencia procesales del instituto arbitral los distintos sistemas estatales determinen, frecuentemente con rango constitucional, las normas del debido proceso que deben ser respetadas en el arbitraje, al igual que en todo proceso y en todas las etapas del procedimiento, las cuales pueden resumirse en los principios de: contradicción, igualdad procesal de las partes, derecho de defensa y debate leal.

Insistiendo en esta cuestión debe retenerse que existen varios principios constitucionales que hacen ineluctable, no solo el carácter imperativo de las exigencias del debido proceso en todo método de resolución de controversias, sino también la posibilidad de

control judicial que habilite la supervisión del efectivo cumplimiento de los mismos. Entre ellos se encuentra la tutela judicial efectiva que todo ciudadano puede solicitar del Estado y que implica que éste no pueda permanecer impasible ante la invocación de atentado a las normas del debido proceso.

El art. 19 del Decreto Ley 5 confirma esta posición, de separar el proceso arbitral de las distracciones que pudiera contemplar la jurisdicción ordinaria.

“El procedimiento arbitral atenderá a la igualdad de las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos. Las actuaciones arbitrales estarán presididas por los principios de contradicción, impulso de oficio, leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso.

La mera inactividad o rebeldía de alguna de ellas, o las actuaciones judiciales, en su caso, acerca de la validez del convenio o de la incompetencia del tribunal arbitral o cualquier otra actuación relacionada con la controversia objeto de arbitraje, no impedirá el seguimiento de las actuaciones arbitrales hasta dictar el laudo.

En ningún caso podrán las partes interponer incidentes ante los tribunales ordinarios durante el curso del proceso arbitral.”

B) Potestad del árbitro y otros medios de resolución de controversias

La potestad del árbitro es fruto de la voluntad de las partes de someter una determinada controversia a su decisión mediante arbitraje. Es precisamente este poder jurisdiccional del árbitro que distingue a esta institución de otros métodos de resolución de controversias, como son la conciliación y la mediación¹⁸⁸. Resulta un lugar común, pero es preciso reiterarlo las veces que sea menester que el árbitro no es un representante de la parte que le ha designado ni cuenta con un mandato que le permita efectuar una labor negociadora. Y hemos reiterado que el papel de árbitro en el orde-

¹⁸⁸ B. Oppetit, “Arbitrage, mediation et conciliation”, *Rev. arb.*, 1984, pp. 307 ss; S.J. Burton, “Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes”, *Hastings International and Comp. L. Rev.*, vol. 18, 1994–1995, pp. 637–658.

namiento jurídico panameño no es comparable a la de un ciudadano particular. Es cierto que el ordenamiento jurídico confiere a los árbitros una serie de derechos y facultades, que les posibilita ejercer funciones de carácter decisor esa potestad decisoria, pero también una serie de obligaciones y responsabilidades, para salvaguardar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión.

Indiscutiblemente al árbitro le incumbe la obligación resolver la controversia haciendo justicia en el sentido más amplio de la expresión. Y para hacerlo está compelido no solo a considerar, sino a garantizar el cumplimiento y la aplicación plena de las reglas de intervención y del orden público, ya sea de carácter estatal o supranacional que resulte de obligatoria consideración y aplicación en el caso que debe resolver. El procedimiento arbitral es sumamente expresivo de que se actúa con el mayor respeto por la libertad contractual y que observa la debida imparcialidad que se debe exigir no sólo a los jueces sino también a los árbitros. Ello nos condice al respeto hacia al juego limpio, a la observancia de las normas relativas al debido proceso, al cumplimiento estricto del principio de contradicción, a la observancia de las garantías de defensa y al otorgamiento del valor de cosa juzgada tanto de la sentencia como del laudo. Es aquí donde aparecen las mayores concordancias entre el proceso judicial y el procedimiento arbitral. Pero en este último las partes pueden hallar un conjunto de ventajas respecto del primero que contribuyen a facilitar sus relaciones y les posibilitan a alcanzar objetivos similares.

4. Ejercicio de la función arbitral

A) Fundamento de la potestad del árbitro

La opción por un punto de vista jurisdiccionalista, conduce a que el convenio arbitral se enfrente con el principio previsto en las Constituciones modernas de la competencia exclusiva del Estado

para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que se encomienda a los jueces y a los tribunales¹⁸⁹. Hipotéticamente el árbitro al ejercer la función jurisdiccional que la Constitución reserva a Jueces y tribunales, quedaría en franca contradicción con lo preceptuado en aquélla pues el convenio arbitral, siguiendo con este planteamiento hipotético, no comprende renuncia de las partes al derecho fundamental a la tutela judicial, esto es, la posibilidad de recurso ante los jueces y tribunales no se eclipsa en ningún momento, incluso se trueca en una garantía para las partes en cualquier momento. A los efectos que nos interesan, de ser inválido o ineficaz el convenio arbitral, esencia misma del arbitraje, queda expedita la vía judicial, para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva; si durante el arbitraje se han conculcado los derechos fundamentales de defensa, también queda la posibilidad de impugnar el laudo, que no será inconstitucional, sino ilegal. Como pusiera de relieve la CSJ panameña en el arbitraje

“... existe la posibilidad de que el laudo pueda ser revisado judicialmente a través del recurso extraordinario de anulación, el cual, dentro de las causales objetivas, ofrece una que permite verificar si esa decisión ofende los principios superiores que gobiernan la sociedad panameña y que se identifican como cuestiones de orden público.

Finalmente, es conveniente aclarar que el andamiaje filosófico del arbitraje comercial, según los conceptos expuestos, presenta una sólida vocación dirigida a permitir que los particulares puedan llevar conflictos de su libre disposición fuera de jurisdicción ordinaria, lo que de por sí, aunque no excluye totalmente a esta de cualquier participación para que la actividad jurisdiccional del árbitro puede realizarse, si implica una notable reducción de la intervención del juez ordinario en el funcionamiento de los tribunales arbitrales constituidos bajo el gobierno del decreto ley 5 de 1999. Permitir que se prolifere en el uso de remedios y recursos or-

¹⁸⁹ J.C. Fernández Rozas, “La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29– 52., esp. pp. 46–48.

dinarios en el arbitraje comercial, equivale tanto como negar su naturaleza y limitar su eficacia; como opción a la jurisdicción ordinaria¹⁹⁰.

La potestad jurisdiccional del árbitro es el resultado directo de la voluntad de las partes de someter una determinada controversia a su decisión mediante arbitraje. Y es este poder jurisdiccional del árbitro el elemento distintivo y, a la vez definidor, de esta institución respecto de otros métodos de resolución de controversias, como son la conciliación y la mediación. Es cierto que el desempeño jurisdiccional atribuido a los árbitros no los confiere directamente facultades idénticas que los jueces y tribunales, pero ello no impide que los árbitros suplanten en ocasiones la función constitucional atribuida a los jueces de decidir y ejecutar sus decisiones. Con razón se ha dicho que los jueces y los árbitros han venido a ser verdaderos socios en la solución de los litigios. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre esta cuestión afirmando que

“... los árbitros se configuran en jueces de pleno derecho y sus decisiones tienen fuerza coercitiva frente al resto de la comunidad judicial y administrativa, dándole a las partes mayor seguridad de que sus pretensiones, reconocidas en los laudos arbitrales serán respetadas. Esta seguridad jurídica promoverá en la sociedad la búsqueda de mecanismos alternativos que redundará en beneficio de todos; una justicia más rápida y expedita; un descongestionamiento del sistema de administración de justicia ordinaria; y una ampliación en la posibilidad del acceso a la justicia. [...] el arbitraje comercial internacional permite la solución de los conflictos en un marco y espíritu de neutralidad, bien sea político, económico, cultural, sociológico...”¹⁹¹.

Al tiempo que las partes apetecen someter a arbitraje sus controversias, también quieren que su voluntad sea respetada por todos y garantizada por el poder judicial. Pero ello no implica que

¹⁹⁰ Resolución CSJ 27 de abril de 2009: Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

¹⁹¹ Sentencia CSJ 14 de febrero de 2005 (*Greenhow Associates Limited / Refinería Panamá S.A.*) Ponente Winston Spadafora Franco, Exp. 824-03.

pueda equipararse la función que desempeñan los árbitros con la ejercida por los jueces y tribunales. En cuanto al objeto, el ámbito de aplicación del arbitraje sólo llega hasta donde alcance la libertad de los particulares; por ello, quedan fuera del arbitraje aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Frente a las facultades que la Constitución otorga a los órganos judiciales, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional del árbitro abarca únicamente la de juzgar, desempeñando una función pública cuasi-jurisdiccional.

Sin perjuicio de que las Constituciones garantizan el acceso de todos los ciudadanos a la justicia, en los últimos años la disponibilidad del sistema judicial para atender al gran volumen de procesos suscitados se ha visto colmada, produciendo la acumulación de las actuaciones judiciales y el retraso en los atrasos en el gestión. En muchos países la escasa eficacia de la administración de justicia se ha visto expresada en altas cotas de impunidad judicial y en el menoscabo de la credibilidad de la ciudadanía en las posibilidades del sistema para resolver sus controversias¹⁹².

Se asevera que la justicia “pública” es lenta (*justice delayed justice denied*), costosa, poco accesible e incapaz de proveer una tutela efectiva de los derechos, es inevitable que se piense en otros métodos para resolver controversias que justamente se sitúan al margen de la jurisdicción. Dicho de otro modo, el vacío provocado por la falta de adecuación de la justicia “pública” tiende a ser llenado por la denominada justicia “privada”. Existe, pues una ausencia de adecuación de la tutela jurisdiccional, pues no siempre las controversias que se encuentran en vía de la tutela jurisdiccional encuentran la de los métodos alternativos. Otra razón que está en el origen de la expansión de las técnicas de *ADR* se relaciona

¹⁹² R.J. Caivano, “El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual”, *La Ley* (Buenos Aires), año LVIII, n° 40, 25 de febrero de 1994, pp. 1 ss.

con la ideología de lo “privado” que va ocupando espacios en muchos sectores de las relaciones jurídicas¹⁹³.

En el empleo de los *ADR* entran en juego factores culturales e ideológicos de diverso tipo, en función de los cuales se puede considerarse más eficaz consentir que las partes determinen el propio procedimiento para la solución de sus conflictos, escogiéndose juzgadores *ad hoc* (como sucede por ejemplo en el arbitraje), o bien se considera que el acuerdo es preferible a la lógica de la decisión rigurosa en términos de sí/no. Un modo de pensar que con frecuencia se construye sobre conceptos vagos e indeterminados, pero que sin embargo cristalizan en torno a los valores del individualismo privado, como son: a) la autonomía de las partes; b) la posibilidad de conciliar posiciones contrapuestas; c) el interés en permanecer alejado del Estado; y, d) la función de la contratación y el acuerdo como hábitos prioritarios de comportamiento.

Por lo general se insiste en destacar los defectos de la justicia estatal, pero debe reconocerse que muchos de los defectos imputados a la justicia estatal se están extendiendo hacia el arbitraje. Consecuentemente, las críticas contra la formalidad, costo y demora que implica un arbitraje comercial sirven como recordatorio del peligro de institucionalizar la *ADR*¹⁹⁴.

¹⁹³ F. Ramos Méndez, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito patrimonial”, *loc. cit.*, p. 812.

¹⁹⁴ La experiencia concreta de distintos métodos de *ADR* ha hecho surgir una serie de dificultades y de aspectos negativos. En algún caso, como sucede a menudo con el arbitraje, se trata de métodos muy costosos, que son por tanto accesibles solo para las partes ricas y no para las partes pobres (salvo que éstas sean llevadas a un arbitraje costoso por una contraparte “fuerte” que ha impuesto una cláusula compromisoria). En estos casos, el método alternativo resulta aceptable únicamente si en el caso concreto el costo, mucho mayor que el de la justicia ordinaria, es compensado por otras ventajas (como la rapidez de decisión, o la posibilidad para las partes de elegir los árbitros o las reglas de procedimiento).

B) Relaciones de complementariedad con el juez

No es el arbitraje un procedimiento que pueda desarrollarse con total autonomía en relación con la justicia ordinaria. Ya se ha apuntado que la propia validez y eficacia del arbitraje están seriamente vinculadas a la asistencia proporcionalidad por los jueces estatales a los tribunales arbitrales, así como del cumplimiento de algunas normas imperativas o de orden público¹⁹⁵. Este equilibrio, entre autonomía del arbitraje y la necesidad del auxilio judicial conforma uno de los argumentos esenciales para apreciar el desarrollo del Derecho arbitral¹⁹⁶. Sin embargo dicho equilibrio puede quebrar en el caso de que la justicia ordinaria supere y exceda los propios contornos de la competencia arbitral. Precisamente, la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales es uno de los test que permite comprobar hasta qué punto este equilibrio es cierto o resulta una mera entelequia¹⁹⁷. Y es que para que el arbitraje pueda desenvolverse con normalidad y eficacia resulta menester que la administración de justicia funcione cumpla su cometido con normalidad, sin interferencias o dilaciones. Dicho funcionamiento

¹⁹⁵ Por ejemplo, en Argentina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido con buena lógica que “es necesaria una coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral que permita la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de sus controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen” Sentencia de la CSJN 11 de julio de 1996 in re *Energomachexport S.A. c/Establecimientos Mirón S.A.* y nota de R. Caivano, “Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje”, *Revista Jurídica La Ley* (Buenos Aires), 1197-A-7.

¹⁹⁶ N. Gamboa Morales, “Asistencia judicial en tribunales arbitrales”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-05.php>. H. Van Houtte, “Le juge et l’arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, p. 28-46.

¹⁹⁷ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción como solución de conflictos: una complementariedad ineludible”, *loc. cit.*, pp. 423-456.

es esencial para la eficacia misma del arbitraje¹⁹⁸. De acuerdo con este razonamiento es factible el establecimiento de una interacción entre la jurisdicción y el arbitraje en la que solicitantes de justicia salen obtienen amplios beneficios a través de una relación favorable e ineludible para ambas, sin que sea dañina para ninguno de los dos¹⁹⁹. Ello conduce a que la práctica exitosa del arbitraje esté en relación directa con la jurisdicción²⁰⁰. Debe hablarse con mayor propiedad de vasos comunicantes en vez de compartimentos estancos, aislados y sin ningún punto de conexión; todo lo contrario, entre estas concurre un amplio catálogo de relaciones que en función del momento en que se producen van a generar vinculaciones de asistencia o colaboración; de control e incluso de confrontación y rechazo²⁰¹. El arbitraje precisa de la jurisdicción para su adecuado desarrollo y para la efectividad de la decisión final que emitan los árbitros. Ello justifica que se produzcan relaciones de colaboración o cooperación de la jurisdicción hacia el arbitraje, que se manifiestan durante todo el procedimiento. La propia CSJ de justicia ha abundado en esta idea al afirmar que en esta materia debe imperar el

¹⁹⁸ Como pusiera de relieve D. Cohen, “*La justice privée ne vient pas en concurrence de la justice étatique; chacune a ses lumières et ses ombres. Mais le juge a compris, dans son intelligence et par son assistance à l’arbitrage, que la coexistence doit être pacifique. Ni héros, ni traître, ni ange, ni démon, l’arbitre doit pouvoir se développer dans le respect des garanties essentielles. Il mérite bien cela car, s’il est justice privée, il est d’abord justice*” (cf. *Arbitrage et société*, París, LGDJ, 1993, p. 327).

¹⁹⁹ C. Esplugues Mota, “El Juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, 1 (*Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*), Madrid, 1997, pp. 13–57.

²⁰⁰ J.C. Fernández Rozas, “La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, pp. 17–49.

²⁰¹ Vid. F. Cantuarias Salaverry, “Razones por las cuales el arbitraje es inevitable”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 6 de junio de 2004; J.C. Rivera, “Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, *Revista Internacional del Arbitraje* (Bogotá), n° 5, 2006, pp. 193–221.

“...principio de mínima intervención judicial, siendo entonces que los puntos de encuentro entre la justicia arbitral y la estatal se centran únicamente en las labores de asistencia (suministrando apoyo para practicar medidas cautelares, pruebas o para ejecución forzosa del laudo) o bien de control, a través de los mecanismos previstos en la legislación.

Este principio, busca evitar la judicialización excesiva del arbitraje, o bien una intervención exagerada de la jurisdicción ordinaria en la arbitral, lo que comprometería su eficacia.

Admitir la posibilidad de someter las actuaciones arbitrales a un fiero control judicial comprometería la utilidad práctica de una institución, pues aquella, al tiempo que se utiliza para descongestionar el sistema judicial estatal, procura la solución concentrada y expedita de conflictos”²⁰².

La práctica panameña pone de relieve que los jueces hacen todo lo posible por respetar y adaptarse a las exigencias y necesidades que surgen de la instancia arbitral, sobre todo, en lo relativo a cuestiones procesales procedentes de supuestos arbitrales. Lo que ocurre es que el estricto cumplimiento y aplicación de los jueces y tribunales judiciales nacionales del principio de legalidad tampoco les permite ir mucho más allá.

Por descontado, el arbitraje requiere la intervención de la jurisdicción para que la actividad arbitral desempeñe su función, de tal suerte que el arbitraje se va a vincular con la jurisdicción a través de diferentes momentos; para apoyar con el acopio de elementos de prueba, sea durante el procedimiento arbitral e inclusive antes del inicio de este; para asegurar la eficacia de la decisión final de los árbitros al permitir la ejecución de las medidas cautelares dictadas por los árbitros o por los propios jueces estatales; al ejercer una función controladora sobre la actividad de los árbitros en el procedimiento arbitral; y por último, al permitir la ejecución del laudo arbitral ante la resistencia del condenado²⁰³.

²⁰² Sentencia CSJ de abril de 2009, M.P. Victor Benavides.

²⁰³ Ph. Bertin, “L’intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale”, *Rev. arb.*, 1962, pp. 332 ss.

Las soluciones arbitrales constituyen una vía sustantiva de la actividad jurisdiccional limitada a ciertos asuntos, que opera como un medio de autocomposición procesal de esos conflictos. A pesar de tener la potestad de decidir un asunto con carácter de cosa juzgada, los árbitros no pueden ejecutar sus decisiones independientemente del órgano jurisdiccional; y tampoco pueden ejercer potestad cautelar en dichos procesos. Su poder de decisión para resolver y decidir la controversia emana de la cláusula compromisoria. Por esta razón, el arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias que ineludiblemente debe insertarse en un ordenamiento jurídico nacional. Es precisamente el Estado quien debe velar por los derechos y garantías de las partes, asegurando el debido proceso para las partes, cuidando que el laudo no vaya en contra del orden público. La propia jurisprudencia panameña ha precisa cuál es el marco de estas relaciones²⁰⁴.

Los árbitros tienen una actividad limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, en tanto que los jueces estatales incorporan a las anteriores notas la *coertio* y la *executio*; por ello, los jueces pueden ser solicitados incluso des el comienzo mismo del arbitraje, por ejemplo con el establecimiento de medidas cautelares, hasta su fase final determinada por la ejecución del laudo arbitral. Semejante restricción a las potestades de los árbitros es coherente y juiciosa dentro de un determinado sistema estatal. No en vano, los árbitros dependerán de la aceptación por las partes de laudo, o del control posterior del juez que lo imponga. Por consiguiente, los jueces prestan el auxilio de la jurisdicción no solo al cumplimiento de los actos procesales, sino para evitar las desviaciones o incorrecciones cometidas por los árbitros, como puede ser el caso de declarar nulo el laudo de oficio frente a materias inarbitrables o contrarias al orden público.

²⁰⁴ Sentencia CSJ, Sala de Negocios Generales, de 18 de marzo de 2008, *cit.*

Los árbitros no disponen de la facultad de *imperium* inherente a los jueces estatales, pero ello no significa un quebranto a su jurisdicción, puesto que la normativa arbitral acostumbra a establecer la obligación de los jueces de prestarles auxilio. En efecto, el árbitro no tiene *imperium*, por lo que debe admitirse la ineludible coexistencia del arbitraje con la justicia estatal²⁰⁵. Los árbitros, en efecto se encuentran imposibilitados para adoptar cualquier medida coercitiva como ser la adopción de medidas compulsorias o como también la ejecución forzosa del laudo, dado que el uso de la fuerza, corresponde exclusivamente al Estado. De ello se infiere que el arbitraje no puede ser apreciado con carácter independiente de la justicia estatal toda vez que en su puesta en práctica suelen intervenir los órganos judiciales y, en ocasiones, durante el procedimiento arbitral²⁰⁶. Mas debe dejarse constancia de que la referida intervención por parte de los órganos judiciales no puede realizarse de oficio, es decir, los órganos judiciales no podrán prestar auxilio por voluntad propia, sino que esa asistencia debe ser requerida por las partes o por el tribunal arbitral. Existe una excepción a la intervención judicial a petición de parte, y es el control judicial que necesariamente debe asumir la institución arbitral. En

²⁰⁵ Por ejemplo, la carencia de *imperium* de los árbitros no condiciona la obligatoriedad del laudo, puesto que la parte vencedora en el arbitraje puede poner en marcha el aparato jurisdiccional público para hacer efectivos los derechos que el laudo le atribuye. Como afirma R.J. Caivano, “El Estado pone a disposición de quien haya resultado beneficiado, su *imperium* y su estructura a los fines de ejercer coerción para lograr la satisfacción de los derechos que el laudo le atribuye. La ausencia de *imperium* de los árbitros no perjudica la obligatoriedad del laudo, ya que el beneficiario de la condena dispuesta por los árbitros puede poner en marcha el aparato jurisdiccional público para hacer efectivos los derechos que el laudo le atribuye” (cf. “El arbitraje: nociones introductorias”, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>.)

²⁰⁶ P. Sanders, “L’intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 238–252.

este caso la intervención judicial se proyecta con dos niveles de intensidad²⁰⁷.

De una parte, a través de la colaboración del juez a los árbitros y partes contendientes, esto es, el auxilio judicial para cuestiones sobre la conformación del tribunal arbitral, recusación, excepción de incompetencia y medidas precautorias, compulsorias y probatorias²⁰⁸. De otra parte a través del control que le proporciona el recurso de anulación.

No debe olvidarse que la institución arbitral nació antes de que se institucionalizara el sistema judicial y mucho antes de que comenzara a producirse, de forma casi universal, el fenómeno del fortalecimiento del Poder Judicial. Ello no obstante, fue generándose un cierto recelo entre las clases jurídicas e incluso por los mismos jueces, de tal modo que a lo largo del siglo XX se han adoptado medidas que tendían a controlar lo que los árbitros hacían por los jueces. Desde esa concepción era imposible abogar por el sistema arbitral viable, positivo y útil, si, a la postre, había que terminar sucumbiendo en manos de los jueces. Bastaba observar los recursos contra los laudos arbitrales para comprender que los tribunales se convertían en revisadores de la “gestión” arbitral.

Resulta habitual que los jueces manifiesten desconocimiento y confusión, junto con cierto recelo y, en ocasiones, hostilidad. La ausencia en muchos países de “cultura arbitral” se refleja en varios aspectos concretos: el arbitraje se estudia en los cursos de proce-

²⁰⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 28 de febrero de 2006 es especialmente significativa: “... el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional”.

²⁰⁸ Desde la perspectiva internacional *vid.* B. Goldman, “Le juge et l’arbitrage: Les problèmes spécifiques de l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1980, pp.323–340.

dimiento civil como una alternativa al proceso judicial regulada por los códigos²⁰⁹. Los árbitros deben ser conscientes que encuentran delimitada su actividad jurisdiccional al acuerdo de arbitraje, en el que fueron escogidos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que es su fundamento y, por su parte, los jueces deben ser conscientes que encuentran agotada su intervención cuando son requeridos en casos excepcionales.

²⁰⁹ T. Ginsburg, “The Culture of Arbitration”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1335–1346.

Capítulo II

EL SISTEMA PANAMEÑO DE ARBITRAJE EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

I. Antecedentes: de los juicios arbitrales a la jurisdicción marítima

1. El arbitraje en el Código Judicial de 1917

En el año de 1913, el Presidente de la República, Dr. Belisario Porras, creó la Comisión Codificadora a la cual se le asignó el mandato de elaborar los proyectos de los distintos códigos, asignándosele al Dr. Ricardo J. Alfaro, en su condición de miembro de dicha Comisión Codificadora, designada por Decreto 141 del mismo año, la elaboración del ante-proyecto de Código Judicial. Como resultado de estos trabajos de codificación la Ley 2 de 1916 aprobó el Código Judicial elaborado por el Dr. Alfaro, que entró en vigor el 1 de octubre de 1917. El Código Judicial de la República de Panamá en su Libro II, Título X, denominado “Juicios especiales relacionados con el Libro IV del Código Civil”, en concreto en su Capítulo III se ocupó de los “Juicios arbitrales”, en cuatro secciones: la primera, sobre disposiciones generales (arts. 1727 al 17471, la segunda sobre “juicio ante árbitros” (arts.1748 a 1751), la tercera sobre “Juicio ante arbitradores” (arts. 1752 a 1756) y la cuarta sobre “Disposiciones comunes a las dos secciones precedentes” (arts. 1757 a 1765). El mismo Libro II del Código Judicial, incluyó en su Título I sobre “disposiciones procedimentales de aplicación general”, el Capítulo XIII relativo a la “Ejecución de sentencias y Autos”, en en sus artículos 581 a 590, se ocupó de las sentencias pronunciadas en países extran-

jeros y los requisitos que deben llenar para su ejecución en la República de Panamá.

El arbitraje estaba contemplado y autorizado desde el art. 10 del Código Judicial de 1916, al estatuir en esta pauta legal que la administración de justicia también se ejerce, en casos especiales, por árbitros o arbitradores. Lo que se ratificaba cuando el art. 44 permitía a cualquier tribunal ordinario constituirse en tribunal arbitral, sea cual fuere el interés que se litigue, siempre que las partes conviniesen en ello y se lo hiciesen saber. El “arbitramento” resultaba, pues, una institución con raíces en nuestro medio, pero de uso poco frecuente, como lo demostraron las estadísticas. Hubo de esperar muchos años a que las relaciones comerciales, nacionales e internacionales, fueran ampliando su radio de acción.

Con posterioridad nuestro Código Judicial reguló el arbitraje en los arts. 1727 al 1765. Según dicha regulación eran juicios arbitrales los que las partes someten a la decisión de un tercero o terceros en virtud de compromiso. Estos terceros se denominaban árbitros, cuando debiese fallar de acuerdo a derecho, y arbitradores, cuando debieran hacerlo conforme a conciencia, sin fórmula ni aparato de juicio. Las partes que desearan utilizar el arbitramento debían firmar un compromiso escrito, mediante instrumento público o privado. La Ley señalaba aspectos concretos que necesariamente debían constar en el compromiso, como también cuándo y por qué causas cesasen los efectos de éste.

Cuando se tratase de árbitros, éstos debían sustanciar los litigios mediante los trámites ordinarios; no obstante, las partes podían determinar en el documento de compromiso el procedimiento que considerasen pertinente o autorizarles para sustanciarlos como arbitradores, aunque, a diferencia de los últimos, la sentencia que pronunciasen siempre debería de ser conforme con los preceptos legales, mientras que los arbitradores, en tanto que jueces de conciencia, deberían limitarse a establecer la verdad sabida y la buena fe guardada, a partir del fallo que estimasen justo y equitativo.

Con carácter general, contra las decisiones de los árbitros o arbitra-
dores no cabía recurso alguno (art. 1.765) y la razón no era otra que ob-
tener fallos que dirimiesen las controversias definitivamente en el menor
término posible²¹⁰. No obstante, podía solicitarse su anulación en juicio
ordinario, por causa de prevaricación.

Además, la Ley 15 de 1928, Por la cual se aprueba el Código de De-
recho Internacional Privado, o Código Bustamante, como también se le
denomina en honor a su autor el ilustre jurista cubano Dr. Antonio Sán-
chez de Bustamante, autoriza la ejecución de las sentencias arbitrales
dictadas n país extranjero (art. 432).

Durante este periodo nuestra normativa exigía el execuátur, para la
ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (arts. 584 ss C.J.), aun-
que sobre este punto existieron opiniones disimiles. Además, se ordena
al Juez que conociese de un juicio de esta naturaleza, sea cual fuere el
tipo del fallo arbitral, es decir, nacional o extranjero, examinar si estaba
extendido en la forma y con los requisitos que exige la ley (arts. 1.166,
nº 50 11,67 y 1761) con lo cual le facultaba para negarla si se estimase
que no satisfacía dicha exigencia (Corte Suprema, Sala Casación Civil,
Sentencia de 22 de octubre de 1970).

Naturalmente, dado los importantes intereses que entraban en juego,
existía una opinión mayoritaria en orden a la necesidad de reformar es-
tos preceptos

2. *La jurisdicción marítima panameña*

A) Aspectos generales

En el ámbito del Derecho marítimo el empleo del arbitraje siempre
ha tenido un papel relevante y ha mostrado sus ventajas acreditándose
mundialmente como el procedimiento de arreglo de controversias de
mayor arraigo en este sector. Ha sido el recurso al juicio de árbitros la

²¹⁰ Incluso llegó a ser eliminado el recurso extraordinario de casación fue elimi-
nando por el art. 48 de la Ley de 1963.

fórmula más exitosa de resolución de las controversias surgidas en los negocios marítimos internacionales. Una fórmula que ha desbordado con creces a la vía judicial ordinaria por su utilidad y eficacia para hacer compatible la administración de justicia con el normal desarrollo del comercio marítimo. En efecto, dentro de esta de la tendencia a la especialización arbitral (arbitraje de construcción, de ingeniería, seguros, finanzas...) el arbitraje marítimo ha manifestado desde siempre una notable autonomía respecto del arbitraje comercial tradicional, siendo una circunstancia que cuenta con una atestiguada trayectoria histórica²¹¹. En la hora actual es prácticamente imposible encontrar un contrato de fletamento (*charter parties*), por viaje (*voyage*), por tiempo (*time charter*) y casco desnudo (*bareboat charter parties*) que no inserte cláusulas de arbitraje, figurando asimismo en otros importantes instrumentos de la contratación marítima como conocimientos de embarque (*bills of lading*) y también pueden resolver controversias surgidas en los contratos de compra o venta de embarcaciones y mercancías, contratos para la construcción y reparación de embarcaciones, contratos de suministro gubernamental y contratos de servicio y de travesía²¹². Precisamente una de las características distintivas del sistema panameño de solución de controversias procede directamente de la presencia en su territorio del Canal, paso obligado de un sinnúmero de buques de diferentes pabellones que ha conducido a una especial jurisdicción marítima, con el consiguiente incremento de problemas concretos como el del ámbito de la

²¹¹ Vid. R. Jambu-Merlin, "L'arbitrage maritime", *Etudes offertes à René Rodière*, París, Dalloz, 1981, pp. 401-408; F. Marella, "Unity and Diversity in International Arbitration: the Case of Maritime Arbitration", *The American University International Law Review*, vol. 20, n° 5, 2006, pp. 1095-1100; *id.*, "Unità e diversità dell'arbitrato internazionale: l'arbitrato marittimo", *Il diritto marittimo*, vol. 107, n° 3, 2006, pp. 787-832. Vid. R. Jambu-Merlin, "L'arbitrage maritime", *Etudes offertes à René Rodière*, París, 1981, pp. 401-408; C. Esplugues Mota, *Arbitraje marítimo internacional*, Madrid, 2007.

²¹² J.J. Álvarez Rubio, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Victoria-Gasteiz, 2000, pp. 69-90.

derogatio fori en este sector²¹³. La importancia de Panamá como centro marítimo internacional ha tenido, como es comprensible, una cardinal proyección en el desarrollo del arbitraje de este país y ha planteado una problemática autóctona respecto de las relaciones entre la institución arbitral²¹⁴. Desde que la República de Panamá inició el ejercicio de la función jurisdiccional marítima, con la Ley 8 de 30 de marzo de 1982 y, por supuesto, con los Tratados del Canal de 1977 como causa o antecedente inmediato, Panamá admitió la validez del arbitraje como medio de solución de conflictos surgidos del comercio, transporte y tráfico marítimos²¹⁵. De conformidad con la referida Ley

Art. 558: Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a arbitraje las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas en relación con cuestiones marítimas.

Art. 559: A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento contenidas en el Código Judicial.

El Tribunal Marítimo Panameño creado por esta última disposición tiene una función equiparable a un tribunal de segunda instancia o de apelaciones. Dicho Tribunal está estrechamente vinculado a la navegación marítima que discurre por el Canal, paso obligado de las embarcaciones que navegan al Atlántico en ruta a oriente y viceversa, que genera innumerables controversias procedentes del transporte de carga, salvamento, abordaje, contratos de fletamento, seguros, etc., aunque en cuya cúspide se encuentre el embargo o secuestro marítimo de las embarca-

²¹³ J.I. Rovi Sánchez, “La sumisión a tribunales arbitrales como causa de derogación de la competencia judicial internacional del Tribunal marítimo panameño”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 59–76.

²¹⁴ G. Boutin, “Algunos aspectos del arbitraje marítimo panameño”, *Libro homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 659–674; E.A. Britton, “Arbitraje marítimo en Panamá: una nueva experiencia”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, n° 3–4, 2001, pp. 299–309.

²¹⁵ J. Rovi, “Arbitraje vs. Jurisdicción en el arbitraje marítimo panameño”, *Arbitraje*, vol. IV, n° 1, 2011, pp. 179–187.

ciones con el objeto de asegurar la propia competencia a la jurisdicción marítima panameña.

Tras el Decreto ly 5/99 apareció en Panamá un régimen arbitral marítimo diferenciado que se consolidó tras la Ley 12 de 23 de enero de 2009 que cuenta con una serie de particularidades:

i) Reconoce el arbitraje como medio de administración de justicia marítima. De acuerdo con su art. 2 la justicia en materia marítima se ejerce: por los Tribunales Marítimos, por el Tribunal de Apelaciones Marítimas y por “los Tribunales de Arbitraje”, añadiendo el art. 3-A que “Las controversias marítimas también podrán ser sometidas a la jurisdicción arbitral, conforme lo determinen la ley y los reglamentos que, al efecto, aprueben los centros de arbitraje con arreglo a esta”.

ii) Reconoce la facultad del tribunal arbitral de conocer acerca de su propia competencia. El referido art. 3-A: “Los Tribunales arbitrales podrán conocer, por sí mismos, acerca de su propia competencia...”.

iii) Otorga a un tribunal arbitral la facultad de decidir el recurso de anulación contra el laudo arbitral. Agrega el art. 3-A que: “Los tribunales arbitrales... decidirán, además, cualquier recurso que, de conformidad con las leyes, proceda contra las decisiones arbitrales”²¹⁶.

No puede extrañar que la naturaleza internacional de gran parte de los asuntos que se ventilan ante este Tribunal dote a su jurisdicción de unas características muy peculiares en el Derecho de la navegación marítima. Y tampoco puede extrañar que a medida que se incrementaba la actividad jurisdiccional en este concreto sector floreciera paralelamente el arbitraje internacional, reconociéndose por lo general plena eficacia a las cláusulas compromisorias de los contratos marítimos en los arts. 517 y 518 Código de Procedimiento Marítimo, que estuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley de arbitraje y que dieron lugar a decisiones notables como el fallo del Tribunal Marítimo de 1 de junio de 1983 que

²¹⁶ *Ibíd.*, pp. 181–182.

versó sobre la eventual admisión de una excepción de incompetencia en un litigio derivado de un contrato de fletamento con cláusula arbitral²¹⁷. Además, en esta tesitura, el Tribunal Marítimo prestó un significativo apoyo a múltiples tribunales arbitrales que desempeñaron su función tanto en Panamá como en el extranjero²¹⁸.

La jurisprudencia en este especial sector ha sido abundante si bien contradictoria²¹⁹ destacando las sentencias de 2 de septiembre de 1986 (*Líneas Agromar, S.A. / Compañía Panameña de Seguros, S.A.*) y de 18 de julio de 1988 (*Remsa, S.A. / Barber Wilhamsem Agency, S.A. y Barber Steamship Line Inc.*) que no fueron especialmente favorables para la aceptación de los efectos de la cláusula compromisoria. Téngase en cuenta que conforme al art. 19 de la citada Ley de 1982:

“Los Tribunales Marítimos ‘podrán’ abstenerse, a instancia de parte de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio de la República de Panamá. 3º) Cuando las partes hayan convenido por contrato escrito en someter sus controversias a arbitraje o a un tribunal en país extranjero”.

B) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) de 14 de junio de 1988 (*Chevron Chemical Co. v. M.N. Ana María*)

No obstante, esta tendencia se ha corregido en sentido favorable a lo dispuesto en este último precepto. Un precedente importante es la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) de 14 de junio de 1988 (*Chevron Chemical Co. v. M.N. Ana María*). Se trataba de un caso de ejecución de crédito marítimo privilegiado en el cual la demandada introdujo un incidente solicitando el reconocimiento de la cláusula arbitral y su consecuente declinación de competencia hacia la jurisdicción

²¹⁷ S.R. Palazzo Hurtado, “El convenio arbitral en la legislación marítima panameña”, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 127–136.

²¹⁸ E.A. Britton, “Arbitraje marítimo en Panamá: una nueva experiencia”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, n° 3–4, 2001, pp. 299–309.

²¹⁹ G. Boutin, *Arbitraje internacional en Panamá*, Panamá, 1987, pp. 33–34; *id.*, “Algunos aspectos del arbitraje marítimo panameño”, *Libro homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, 1997, pp. 659–674.

arbitral. El Tribunal Marítimo de Panamá negó lo pedido, fundamentalmente sobre la base de que, a su juicio, la competencia del Tribunal Marítimo es privativa y por tanto, frente a ella no se reconocen los efectos del pacto arbitral. La Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

“De lo dicho se deduce que la cuestión principal que debe examinarse en esta instancia consiste, esencialmente, en dilucidar a quién le corresponde la facultad legítima de juzgar, esto es, conocer y resolver el presente negocio. Si al tribunal Marítimo de Panamá atendiendo al art. 17 de la Ley I de 1982, creador de esta especial jurisdicción. O, si como lo reclama la apelante, debe el Tribunal abstenerse de seguir conociendo del caso por haberse invocado cláusula de arbitraje pactada en contrato suscrito entre las partes donde se establece que las diferencias o disputas que puedan surgir en sus relaciones comerciales marítimas deben someterse para su dirimencia a un Tribunal de Arbitraje a constituirse en Londres, Inglaterra” [...].

Como puede observarse la Corte enfoca el problema de manera imprecisa, pues la determinación no es sobre a quién “le corresponde la facultad legítima de juzgar”, la que en un conflicto positivo de competencia le corresponde obviamente a ambos tribunales; lo que ocurre es que el conflicto positivo se resuelve precisamente a través de la decisión de uno de los dos tribunales, de abstenerse de seguir conociendo la causa, lo que confirma la legitimidad de ambos tribunales para juzgar la causa.

Continuó la Corte señalando que

“La doctrina moderna permite cada vez con más frecuencia que la cláusula compromisoria introducida en contratos privados, sobre todo derecho mercantil, afecten la competencia de un determinado Tribunal en favor de la competencia por parte de un Tribunal Arbitral e inclusive de un Tribunal Extranjero”.

En consecuencia la Corte declaró la competencia para conocer y resolver la controversia debe atribuirse a un Tribunal de Arbitraje a constituirse en Londres de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula 30 del Contrato de Fletamento.

C) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 3 de mayo de 1999 (*Sunlight Marine Co. Ltd. / Sinotrans*)

En la misma dirección puede citarse la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 3 de mayo de 1999 (*Sunlight Marine Co. Ltd. / Sinotrans*). En este caso *Sinotrans* había presentado una solicitud de declinatoria de competencia fundada en el referido precepto puesto en el contrato de fletamento que traía en causa el litigio existía una cláusula según la cual “Cualquier disputa que surja de este fletamento será sometido a arbitraje en Pekín o Londres a opción del demandado”. Al admitir la solicitud el Tribunal Marítimo declinó el conocimiento del asunto al Tribunal Arbitral de Pekín, sin embargo, la parte recurrente afirmó que la interpretación del mencionado art. 19 era correcta porque que la causa interpuesta por ante el Tribunal Arbitral de Pekín era distinta a la que se ventilaba en el proceso desarrollado en Panamá, toda vez que, según dispone el art. 19.4° de la referida Ley de 1984, cuando la controversia hubiere sido sometida anteriormente a arbitraje o a la jurisdicción de un tribunal en país extranjero y estuviere pendiente de decisión,

“El Tribunal podrá exigir el cumplimiento de ciertas condiciones previas, cuando ello sea necesario, para proteger los derechos de las partes tales como la comparecencia ante un tribunal extranjero y la consignación de caución adecuada ante dicho tribunal, antes de declinar el conocimiento de la causa. En aquellos casos en que no se pueda consignar caución ante el tribunal arbitral o judicial extranjero, y se haya secuestrado en Panamá algún bien del demandado, el Tribunal Marítimo suspenderá la tramitación del proceso hasta tanto el tribunal extranjero haya dictado su fallo y mantendrá el bien secuestrado, o la caución que lo sustituya, a órdenes de dicho Tribunal. Las disposiciones de esta Ley sobre secuestro de bienes serán aplicables en cuanto no pugnen con lo que este artículo estatuye”.

Sin embargo la Corte Suprema estimó que el texto transcrito era ajeno al caso en estudio pues se enmarcaba totalmente en el apartado 3° del art. 19, de acuerdo con el cual es suficiente que las partes hayan pactado por escrito que dirimirán las controversias mediante arbitraje o ante un tri-

bunal extranjero, para que proceda la declinatoria de competencia. Para la Corte,

“En el presente negocio existe un acuerdo escrito entre las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas por razón del contrato de fletamento suscrito por ellas y en el que, además, se le otorga a la demandada la facultad unilateral de escoger, entre Pekín y Londres, al foro arbitral que estime más conveniente. En vista de que Sinotrans hizo uso de su derecho de no prorrogar la competencia en el Tribunal Marítimo en tiempo oportuno, puesto que interpuso su solicitud de declinatoria al momento de contestar la demanda en su contra, la decisión apelada debe ser confirmada porque se ajusta a Derecho”.

D) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil de 6 de julio de 1998 (*Meridian Ship Incorporated v. Tanda Shipping Pt. Ltd.*))

En este caso se trataba de un proceso ordinario marítimo en el cual un tercero consignó la caución correspondiente a los fines de liberar la nave secuestrada, luego de lo cual la demandante solicitó la suspensión del proceso habida cuenta que en la jurisdicción arbitral existía un proceso en Nueva York, con lo cual el Tribunal Marítimo decidió suspender el proceso hasta tanto el tribunal arbitral dictase su fallo, eso sí, reteniendo la caución en Panamá. Es decir, reconoció la litispendencia. Posteriormente a solicitud de los demandantes en el sentido de que se les entregara el monto de la caución, el Tribunal Marítimo de Panamá optó por negar lo pedido ordenando oficiar al Presidente del Tribunal Arbitral con el fin de determinar el estatus de la controversia. El Presidente del Tribunal Arbitral le ofició al Juez Marítimo en el sentido de informarle que la demandada se encontraba en proceso de quiebra y en consecuencia el Tribunal Arbitral se abstuvo de decidir la controversia solicitándole que los fondos consignados fuesen remitidos al curador de la quiebra. El Tribunal Marítimo decidió actuar conforme se lo había pedido el árbitro, pero su cesión fue apelada exigiendo el apelante que dicho Tribunal adoptase las medidas necesarias para determinar, en forma concluyente, si el arbitraje contractualmente pactado decidiría o no la controversia en Nueva York.

Así las cosas la Corte concluyó en el sentido favorable para la parte recurrente

“Ha de entenderse, por lo tanto, que la entrega de la fianza para que se integre a la masa de la quiebra, sólo cabría hacerla si la empresa Meridian Ship Incorporated fuese declarada responsable en la controversia que debe ser decidida por el tribunal arbitral.

Consecuentemente, esta corporación judicial no encuentra justificación legal en el hecho de que la caución deba ser remitida al curador encargado de la quiebra”

A partir de aquí es incuestionable el reconocimiento que la Corte hace sobre la validez de la institución arbitra y de la agilidad y eficiencia que se puede lograr entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria a través de una adecuada comunicación.

E) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) de 11 de febrero de 2000 (*Flotilla Industries Inc. v. Latvian Shipping, Co.*)

El asunto *Flotilla* resuelto por el Tribunal Marítimo el año 2000 es particularmente significativo en el contexto descrito toda vez que los demandantes en un procedimiento arbitral desarrollado en Londres obtuvieron del Tribunal Marítimo panameño el embargo de un buque y, una vez dictado el laudo, dicho Tribunal ordenó a la parte condenada a que ejecutara el referido laudo contra la garantía otorgada por ella para levantar el embargo.

La labor del tribunal debía centrarse en su eventual competencia ante la existencia de una cláusula de arbitraje aplicable tanto a la demandada como a ambas demandantes, en virtud de documentos suscritos entre las mismas que el juez *a quo* no había reconocido. De conformidad con el art. 557 numeral 10 de la Ley de Procedimiento Marítimo

“Salvo los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá, en cualquier juicio entablado en los tribunales marítimos panameños, los derechos y obligaciones de las partes se determinarán ajustándose a las siguientes normas especiales de Derecho internacional privado y, en los casos no contemplados expresamente en este capítulo, conforme lo dispone el Derecho común:

(...) 10. En cuanto a los efectos de los contratos de transporte de carga o pasajero, incluyendo los conocimientos de embarque, salvo pacto expreso en contrario, las leyes del país donde se efectúe el embarque o donde aborden la nave los pasajeros”.

Para la Corte la existencia del conocimiento de embarque presume salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de transporte, por lo que acreditado el conocimiento de embarque que contiene una cláusula de sumisión a un Tribunal Arbitral en Inglaterra, procede la sumisión de jurisdicción, y con ella, se encuentra probado el incidente de incompetencia del Tribunal Marítimo.

Según el recurrente el art. 548 del Código de Procedimiento Marítimo hace una excepción al principio de competencia en cuanto a la eficacia de los convenios suscritos entre partes para someter una determinada controversia a la justicia arbitral, señalando que el art. 19 de la Ley de Procedimiento Marítimo confirma el principio de la tutela jurisdiccional en cuanto a la competencia privativa del Tribunal Marítimo de Panamá, puesto que establece que el Tribunal podrá abstenerse; a instancia de parte, de conocer o continuar conociendo de un proceso. En tal sentido, según el recurrente, el legislador había querido dar un ámbito de discreción al juzgador marítimo para que, en base a las circunstancias y elementos de cada caso en particular, pudiese declinar su competencia, la cual en principio debe retener, en favor de otros foros, cuando se da uno o más de los supuestos enumerados en el referido art. 19. Además, en su opinión, existía una abundancia de factores que señalaban al Tribunal Marítimo de Panamá como el foro más conveniente para resolver la presente disputa.

En definitiva la Corte debía apreciar si una cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el contrato podía servir como fundamento suficiente para que declinar el conocimiento de esta causa. Y a esta conclusión llegó afirmando que

“...nosotros debemos ir directamente al estudio exegético del contrato que se ha aportado para ver si los argumentos de los peticionarios se ajustan a la discrecionalidad que debe tener el Juez con base en esta norma. Es decir, debemos

determinar si en realidad se trata de un caso, en el que, a pesar de ser competentes, pudiésemos llegar a declinar competencia si existen razones suficientes que nos lleven al convencimiento de que las partes efectivamente se obligaron a someterse a una jurisdicción arbitral y se reúnen todas las condiciones que para ello fueron fijadas.” (Fs. 1,308)

Dentro del marco señalado que precede, aprecia la Sala, que existe, en efecto, una cláusula compromisoria y de sometimiento a las leyes inglesas (véase cláusula 38 del contrato de fletamento), por lo que se ha producido sumisión de jurisdicción de los tribunales que correspondan a los de Inglaterra.

De lo anterior se colige, de conformidad con la regla 10 del art. 557 de la Ley 8 de 1982 (Código de Procedimiento Marítimo), que el clausulado de los contratos de transporte de carga (conocimientos de embarque) constituyen pacto expreso, por lo que tiene fuerza de ley la voluntad de las partes que han establecido que cualquier disputa que surja en el contrato de transporte será sometido a arbitraje en Londres, aunado a que para los casos de sumisión de jurisdicción y del sometimiento de la controversia a arbitraje, el respeto a la autonomía de la voluntad, como regulación de las partes de sus relaciones jurídicas, constituido en un principio general de derecho, debe prevalecer.

Siendo así, que el proceso por incumplimiento del contrato de fletamento, debe decidirse con arreglo a las leyes inglesas, a las cuales se sometieron las partes, en virtud de la cláusula compromisoria. Como quiera que dicha objeción no concierne a materia probatoria, se debe pronunciar esta Sala en el sentido que carece de competencia el Tribunal Marítimo de Panamá”.

Se evidencia así el pleno reconocimiento que nuestra Corte Suprema de Justicia ha efectuado de la jurisdicción arbitral activada por la vía del reconocimiento de los efectos del pacto arbitral.

3. La Autoridad del Canal de Panamá y el arbitraje

La Autoridad del Canal de Panamá²²⁰, se configura como una persona jurídica de Derecho público. Su regulación está, como es natural, en la Constitución cuyo articulado ha sido desarrollado por la Ley n° 19 del 11 de junio del año de 1997, se desarrolla el texto constitucional. De acuerdo con el art. 4 de la aludida Ley “a la Autoridad del Canal de Panamá, le corresponde privativamente la operación, administración, fun-

²²⁰ Vid. P. De Diego Cerezo, “El Canal de Panamá y su régimen jurídico”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLIII, 2010, pp. 41–58.

cionamiento, conservación, mantenimiento, mejoramiento y modernización del Canal, así como sus actividades y servicios conexos”.

La Autoridad del Canal, se configura como un ente con autonomía financiera y administrativa con patrimonio propio y derecho de administrarlo. A dicha autoridad se le confiere, en lo relativo a la protección y vigilancia de las instalaciones del Canal, una responsabilidad primaria, que se extiende igualmente en lo concerniente a una navegación libre, segura y sin interferencias. La Autoridad del Canal a través de su Junta Directiva establece los reglamentos y fija los peajes que han de cobrarse por el uso del canal (arts. 4 a 18).

La magnitud de los trabajos a ser realizados en el Canal, así como sus elevados costos individuales, son algo novedoso para una administración panameña que tiene pocos años de organizada. Importantes empresas nacionales e internacionales se sentirán atraídas, por similares razones, a participar en igualdad de condiciones en los diversos procesos de licitación que serán convocados bajo las propias normas de contratación de la Autoridad del Canal. Como es habitual en cualquier proceso competitivo, necesitarán ser persuadidas de que cualquier discrepancia a surgir en algún futuro sobre la interpretación o ejecución de sus respectivos contratos gozará de una seguridad jurídica absoluta. Esta seguridad cobra una especial relevancia en el caso de que tales discrepancias se conviertan en reclamos legales en contra de la Autoridad del Canal. Por ello se le ha dotado de los instrumentos jurídicos necesarios que garanticen la eficiencia, la transparencia pública en la administración, operación, mantenimiento, conservación y protección del Canal. Dichas normas imponen a los contratistas lo que denominan un “procedimiento administrativo de reclamos” por incumplimiento de los contratos de construcción de obras, suministro de bienes y prestación de servicios y dejan bien sentado que el arbitraje en derecho, que como puede observarse, no constituye ningún procedimiento administrativo, es la única “vía jurisdiccional” de toda disputa o reclamo que sea planteado por un contratista del Canal. La Junta Directiva de la ACP adoptó este procedimiento a través del art. XXXV de su Resolución No. ACP-AD-

RM06-06 de 10 de febrero de 2006, habiendo entrado en vigencia el 25 de febrero de 2006. El procedimiento dispone que en ausencia de un tribunal arbitral que fuera creado específicamente en el pliego de cargos de una contratación, el tribunal arbitral que decidirá el reclamo del contratista será aquél a ser establecido bajo las reglas de dos centros de arbitraje nacionales. Para los contratos de suministro de bienes y servicios, la ACP ha designado de antemano al Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CECAP) de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá; para los contratos de obras, al Centro de Solución de Conflictos (CESCON) de la Cámara Panameña de la Construcción. Como requisitos indispensables para proceder a lo que llama “vía jurisdiccional del arbitraje”, la ACP exige al contratista que agote sus reclamos ante las autoridades de la propia Autoridad, de la forma detallada en el mismo pliego, y que “la solicitud de arbitraje sea presentada al tribunal arbitral dentro del término 60 días calendario, contados a partir de la fecha en que se agote la vía administrativa”.

En el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas a la Autoridad del Canal, en el art. 52 de la Ley nº 19 del 11 de junio del año de 1997 determina que: “esta institución podrá contratar o adquirir obras, suministro de bienes, prestaciones de servicios y proveeduría en general, con o sin intermediario, en forma directa, localmente o en el extranjero, con el fin de garantizar la mejor calidad, los precios más favorables, eficiencia y competitividad”. Como puede apreciarse, dicho artículo contempla la facultad negocial de la Autoridad del Canal que acostumbra a proyectarse en contratos o subcontratos civiles o mercantiles, dentro de los cuales pueden insertarse convenios arbitrales, o aparecer incluidos como cláusulas arbitrales dentro de un contrato principal. También se proyecta en acuerdos independientes referidos a controversias ya surgidas o que puedan suscitarse entre las partes, o a través de una declaración unilateral en la que conste la voluntad de someterse a arbitraje por una de las partes, que va acompañada de una incorporación posterior de la otra u otras partes.

La facultad jurídica de la Autoridad del Canal de Panamá, de pactar acuerdos o convenios arbitrales tiene apoyatura constitucional en el art. 195.3° que dispone al efecto que: “Son funciones del Consejo de Gabinete: “Acordar la celebración de contratos, la negociación de empréstitos y la enajenación de bienes nacionales, muebles e inmuebles según lo determine la Ley”. Este artículo también autoriza al Estado a celebrar contratos con lo que, de manera automática, se incorporan los convenios arbitrales, para cuya validez deben ser conformes con los requisitos generales establecidos para la contratación pública. También la Constitución dispuso en el propio art. 195.4°, otra especialidad que hay que considerar cuando el convenio arbitral no se pactó de forma preventiva, esto es, para la controversia de que pudiese surgir en el futuro una controversia entre las partes contratantes. Caso de ausencia de esta previsión, puede con posterioridad, una vez que ha surgido el conflicto, pactarse el arbitraje; no obstante, para este caso, sin embargo, la Constitución determina los requisitos que han de ser considerados para que el acuerdo arbitral sea considerado válido.

Para los supuestos enumerados y a todos los efectos, la norma establece que: son funciones del Consejo de Gabinete: “Acordar con el presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación”. Como puede observarse se alude en primer lugar a la transacción, y en segundo lugar al arbitraje, que se pacta para resolver asuntos litigiosos. Y en ambos supuestos se exige no únicamente la aprobación del Consejo de Gabinete, sino que ésta cuente con la opinión favorable del Procurador²²¹.

Y es preciso añadir que el art. 107 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá dispone que los laudos arbitrales pueden ser

²²¹ *Id.*, por todos, U. Pitti G., “Efectos del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Argentina, marzo de 2003, digital.binal.ac.pa/bdp/artpma/efectosdel-convenio.pdf.

recurridos ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En particular, el art. 106 de la misma ley establece con nitidez que el arbitraje comporta la última fase de la controversia. En consecuencia, el art. 107 no habilita a la Sala Tercera para resolver en segunda instancia de los recursos que se interpongan contra de laudos arbitrales; tal posibilidad comportaría una revisión en profundidad del acto apelado, pero el error a la hora de la designación de este recurso de legalidad innominado no es suficiente para desestimar el mismo. Sí lo es, en cambio, no fundarlo en alguna de las tres causales previstas en el art. 107. En definitiva, de conformidad con dicha norma, el recurso que se interpone ante la Sala Tercera sólo procederá cuando el laudo arbitral está basado en los siguientes supuestos específicos: (...) “una interpretación errónea de la Ley o los reglamentos, por parcialidad manifiesta del árbitro o incumplimiento del debido proceso en el desarrollo del arbitraje”²²².

²²² De acuerdo con el Auto CSJ, Sala Tercera, de 8 de agosto de 2003 proferido en el caso de *Panamá Area Metal Trades Council (PAMTC) contra la Autoridad del Canal de Panamá*, “... con fundamento en el numeral 2 del art. 203 de la Constitución Nacional, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia le corresponde el control de la legalidad de los actos administrativos. Es por ello que la Sala sólo puede revisar los actos administrativos de la Administración de carácter individual o general que violen la ley o disposiciones con jerarquía de ley, o normas materiales emitidas por la propia administración. Por lo tanto, el recurso al que se refiere el art. 107 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, debe estar encaminado a fin de que la Sala se pronuncie sobre la legalidad del laudo arbitral con fundamento en tres causales: interpretación errónea de la Ley o los reglamentos; parcialidad manifiesta del árbitro e infracción del debido proceso”.

II. Rasgos generales de la ordenación de arbitraje panameña

1. Arquetipo arbitral diseñado: el Decreto Ley n° 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el régimen general del arbitraje, de la conciliación y de la mediación

A) Vinculación a la Ley Modelo de Uncitral de 1985

La reserva legal del art. 202 de la Constitución se concretó en el Decreto Ley de 8 de julio de 1999 que comprende una reglamentación que no contiene diferencias significativas en la regulación del arbitraje interno y del el internacional²²³. El legislador panameño consideró prudente, que la legislación de arbitraje resguardarse las garantías básicas constitucionales en materia de los procesos, es decir, el debido proceso, la igualdad procesal, el derecho a la defensa, derecho a pruebas, entre otros, sin los cuales se puede considerar, que ellos serían procesos totalmente inexistentes a la luz del ordenamiento constitucional, dando lugar así a la impugnación de esos procesos arbitrales, por vía de algunas de las causales de nulidad establecidas por la legislación arbitral.

El Decreto ley 5/99 superó los viejos recelos que veían en el arbitraje un instrumento que aspiraba a convertirse en una alternativa a los tribunales para la generalidad de los litigios erigiéndose en una especie de jurisdicción paralela y alternativa a la de los Estados. Implicó, asimismo, un paso importante encaminado a consolidar el arbitraje como método o medio de solución de controversias en el ámbito interno e internacional; esta disposición con sus novedades ventajas, y desaciertos, como más adelante se analizará, elimina de alguna manera los obstáculos que entorpecían y frustraban el desarrollo del procedimiento arbitral, ya que consagra y establece al efecto, nuevas modalidades y mecanis-

²²³ J.I. Rovi Sánchez, “Arbitraje comercial internacional en Panamá. Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación”, *RCEA*, vol. XVI, 2000/2001, pp. 431–453.

mos para la realización de los arbitrajes en Panamá. Su aporte fundamental reside en la celeridad procesal, en la certeza y en la seguridad jurídica que representa, respecto al aseguramiento de los derechos y su satisfacción²²⁴.

Debe recordarse que en su sesión plenaria del 11 de diciembre de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo), que, junto con la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), ha contribuido de manera decisiva al establecimiento de un marco jurídico internacional cada vez más uniforme para la solución en la vía arbitral de las controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales²²⁵.

Pues bien, el Decreto ley 5/99 sigue de alguna manera el esquema de la Ley Modelo Uncitral de 1985 (luego reformada en 2006)²²⁶ que constituye su principal fuente legislativa y las particularidades introducidas no han alterado los principios sustanciales y básicos del referido textos unificador²²⁷ y también sigue muy de cerca la Convención de Nueva York de 1958²²⁸ y los reglamentos de la Cámara de Comercio Interna-

²²⁴ Vid. K. González Arrocha y L. Sánchez Ortega, "Arbitraje comercial internacional en Panamá: marco legal y jurisprudencial", C. Conejero Roos y otros (coords.), Madrid, La Ley, 2009, pp. 537-567.

²²⁵ Vid. por todos, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, 1994 (reimpresión).

²²⁶ P. Binder, *International Commercial Arbitration in Uncitral Model Law Jurisdictions*, Londres, Sweet and Maxwell, 2000.

²²⁷ I.I. Dore, *The Uncitral Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, Londres/Dordrech/Boston, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1993; C. Conejero Roos, "El impacto de la Ley de la Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional en América Latina", *RCEA*, vol. XIX, 2004, pp. 255-256; R. Sandoval López, "La normativa de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional como instrumento de Unificación", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 485-510.

²²⁸ En el año 1983, la República de Panamá aprobó la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Panamá también es signataria de la Convención de Washington de 1965 (Convenio

cional (CCI) y de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA). Estos instrumentos sirvieron de apoyo, para el desarrollado apropiado de procesos arbitrales locales o internacionales, siempre precedidos por un origen contractual, antes o después de la controversia, produciéndose con ello la llamada privatización de la justicia.

Ahora bien, dentro de los modelos que se siguieron en los Estados latinoamericanos en los años finales del siglo XX, el legislador panameño optó por una solución amplia de regular junto al arbitraje otros ADR pues registraban por entonces trayectoria común, dedicando para ello el Título II (arts. 44 a 63). De esta suerte, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, las partes en conflicto podrán acudir al método de la conciliación extrajudicial, para la solución de sus controversias; la conciliación concebida como un método de solución pacífica de conflictos a través del cual las partes gestionan la solución de sus propios conflictos con la intervención de un tercero imparcial y cualificado llamado conciliador, se rige por los principios de acceso, eficiencia, eficacia, privacidad, equidad y celeridad en la justicia. Son materias admitidas al trámite de la conciliación, aquellas susceptibles de transacción, desistimiento y negociación. La conciliación será institucional cuando se desarrolle a través de Centros de Arbitraje, Conciliación privados, legalmente autorizados. También podrá conciliarse a través de instituciones Estatales en cuyo caso la práctica del trámite será gratuita; en cualquier otro supuesto la Conciliación será independiente.

La tendencia seguida por Panamá aconsejaba que se regulase el arbitraje conjuntamente con la mediación, la conciliación u otros medios posibles de obtener la tutela de los derechos del ciudadano²²⁹. Resulta

sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados) y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

²²⁹ En este contexto cabe situar la Declaración final de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de Santa Cruz de Tenerife (mayo, 2001) según la cual los poderes judiciales deben asumir el compromiso de “Combinar los esfuerzos nacionales e internacionales en la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos que permitan generar directrices y políticas integradoras con esfuerzos compartidos y de clara atención a todos los sec-

reveladora la labor realizada en el sub–continente por el BID basada en la conveniencia de fomentar dentro de la cultura jurídica el acercamiento de los interesados en la solución de sus diferencias, por medio del diálogo y la utilización de medios alternativos, que a su vez permitan la búsqueda de soluciones creativas y ágiles a los asuntos tratados, con sencillez y mayor privacidad. De ahí que ciertos mecanismos de solución alternativos de controversias fueran objeto de consideración en algunas las legislaciones de América Latina de aquellos años²³⁰ (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay).

El Decreto ley 5/99 hace especial reconocimiento al arbitraje institucional, ya que él ofrece diversas ventajas que evidentemente coadyuvan al óptimo y eficaz desenvolvimiento del proceso arbitral, pudiéndose mencionar las siguientes: Contar con centros de arbitraje para dirimir los conflictos, es contar con instituciones con respaldo profesional y especializado, con una experiencia en la delicada tarea de selección de árbitros, contando con una planta de expertos para proceder a su designación. Igualmente, se le ofrece a las partes un cuerpo de normas procesales que regulan el proceso arbitral, y donde los costos y honorarios están calculados sobre criterios razonables fijados previamente por el centro de arbitraje; prestan además estos centros, servicios administrativos que dan seguridad y garantizan la marcha del proceso arbitral, ya que a través de ellos, se hacen las notificaciones, las audiencias, se consignan documentos, entre otras cosas.

tores de la sociedad, a fin de que la justicia se convierta en un servicio de alcance directo, fácil y accesible que la comunidad valore por su efectividad. *Vid.* F. Orrego Vicuña, “Arbitration in a New International Alternative Dispute Resolution System”, *Disp. Res. J.*, vol. 57, n° 2, 2002. También Resulta reveladora la labor realizada en el sub–continente por el BID basada en la conveniencia de fomentar dentro de la cultura jurídica el acercamiento de los interesados en la solución de sus diferencias, por medio del diálogo y la utilización de medios alternativos, que a su vez permitan la búsqueda de soluciones creativas y ágiles a los asuntos tratados, con sencillez y mayor privacidad (*Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial...*, *op. cit.*, n° 137).

²³⁰ A. Ponieman, “How Important is ADR to Latin America?”, *Disp. Res. J.*, vol. 58, n° 1 2003.

Tras la entrada en vigor del Decreto ley 5/99 de 1999, la legislación panameña en materia arbitral se acomodó a los parámetros internacionales con el objeto de avalar a nacionales y extranjeros, la aplicación de reglas claras y acordes con las tendencias modernas en otros ámbitos jurídicos. Esta reglamentación superó con creces la anticuada reglamentación del Código Judicial de 1917 (arts. 1.732 y 1.740) y mejoró los preceptos del Código Judicial de 1984 (arts. 1.412 ss). Dicha reglamentación había sido precedida por la incorporación de este país a las Convenciones de Nueva York y de Panamá. En su origen las nuevas normas tienen un origen nítidamente corporativo como evidencia que el Decreto Ley de 1999 surge directamente de la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura y que dicho nacimiento es coetáneo con la aparición del Centro de Conciliación y de Arbitraje de Panamá; aunque se prevé la posibilidad de que se autoricen por el Gobierno otras instituciones de arbitrales (art. 4.4º y 4º), por el momento el referido Centro ocupa un cometido hegemónico en la práctica arbitral panameña. La propia Corte Suprema de Justicia (Pleno) de 27 de abril de 2009 diseñó, a propósito de una acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto de un tribunal arbitral, el arquetipo de arbitraje promovido por la LAP

“.... el arquetipo del arbitraje Comercial gobernado por el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999 (G.O. 23,837 de 10 de julio de 1999), se distingue por el hecho que es un particular quien somete, a la decisión de otro particular, la solución a un conflicto de intereses sobre los que tienen libre disposición (art 1,2,7 del Decreto Ley 5/1999); son las partes, quienes a través de un acta autónomo expresado por ellas mismas, en el convenio arbitral, eligen al o los árbitros, o bien delegan esa tarea en una entidad privada encargada de administrar arbitraje, sin que se advierta la existencia de una intervención oficial de algún brazo de la administración pública en esa labor (*cf.*, arts. 14 y 15 del decreto ley 15/1999). No existe referencia legal alguna que señale que los honorarios de los árbitros sean sufragados a partir de fondos estatales, sino que estos son satisfechos por las partes que intervienen en el juicio arbitral; por citar solo algunos elementos.

El Decreto ley recoge una moderna regulación del arbitraje, incluyendo conceptos tales como a) el arbitraje institucional y el *ad-hoc* (art. 4), el arbitraje comercial internacional (arts. 5, 7, 26, 36 y 43); b) la toma en consideración de los principios de la contratación comercial in-

ternacional de Unidroit (art. 27), c) la desaparición de la cláusula arbitral del contrato en el que está inserta; d), la separación de las materias decididas en un laudo (art. 34.1º.d y art. 41.1º.c); e) la referencia a las convenciones internacionales sobre arbitraje ratificadas por Panamá (art. 34.a); f) el reconocimiento de que la forma escrita de los acuerdos arbitrales no está limitada a los contratos formales (art. 9); g), la autorización dada a los árbitros para decidir sobre su propia competencia (arts. 11 y 17); h) el establecimiento de impedimentos para ser árbitro (art. 13); i) la prohibición de presentar incidentes ante los tribunales judiciales mientras se ventila un arbitraje (art. 19, *in fine*); j) la amplia autoridad dada a los árbitros durante la fase de pruebas (art. 23) y, k) la fijación de causales para solicitar la anulación de laudos, tanto internos como internacionales (arts. 34 y 41).

B) Particularidades locales

No obstante, la regulación ofrece en el art. 10 un cierto alejamiento de la Ley Modelo al señalar que el acuerdo arbitral deberá contener dos requisitos mínimos: a) la designación o forma de designación de los árbitros y b) las reglas de procedimiento. Este precepto prevé expresamente la facultad de designar una autoridad de nombramiento o una institución arbitral que determine el método de designación y/o las reglas de procedimiento. Semejante redacción ha motivado serias críticas en Panamá por considerarse que es restrictivo y formalista en la medida que pareciera condicionar la validez del acuerdo arbitral a estos dos requisitos. Incluso ciertos de la práctica sostienen que este artículo parece exigir la inclusión de “todas” las reglas de procedimiento en el acuerdo arbitral (en el caso de que no se convenga la sumisión a un reglamento de arbitraje).

Desde hace más de una década, con la entrada en vigor del referido Decreto Panamá cuenta con un régimen general de arbitraje que reconoce la eficacia del acuerdo de las partes de excluir de los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento de los conflictos emanados de relaciones contractuales o no contractuales de ámbito local o internacional y

dota a los árbitros y a las partes del proceso arbitral de las herramientas necesarias para una efectiva administración de justicia.

El Decreto ley 5/99 derogó los artículos de la Ley marítima relacionados con el arbitraje y, en la actualidad, el Juez marítimo queda sometido en esta materia a las mismas atribuciones del resto del poder judicial panameño. No obstante, su función de auxilio a los árbitros es notablemente superior de la prestada por el resto de los órganos jurisdiccionales y su cometido para una de las medidas cautelares más importantes en el sector, el referido embargo preventivo de buques.

No existen disposiciones que obliguen a elegir determinado tipo de reglas para el arbitraje; al efecto, el art. 25 señala que el tribunal arbitral aplicará las reglas de Derecho si el arbitraje es de Derecho y su libre criterio si el arbitraje es de equidad. En caso de que el arbitraje sea comercial internacional, se procederá en la forma que prevista en el art. 43 y, en todo caso, se tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles que se consideren de aplicación. Por último los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá con arreglo a los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el Capítulo VI referente al reconocimiento y ejecución de laudos.

Como veremos, tras una decisión de la Corte Suprema de Justicia, la Ley n° 15 de 22 de mayo de 2006 modificó ciertos artículos del Decreto-ley n° 5 de 1999 relativos al convenio arbitral (art. 7: controversias en las que no se haya pactado convenio y capacidad del Estado para someterse a arbitraje) y restituyó la vigencia del art. 17 (competencia-competencia). En el primer caso se adecuó el texto a las previsiones constitucionales en el sentido de que los convenios arbitrales tienen eficacia por sí mismos cuando éstos hayan sido establecidos en el momento de la celebración del contrato principal, reservándose la exigencia de la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos litigiosos en los que el

Estado sea parte (art. 200.4º Constitución²³¹). En el segundo caso el legislador panameño volvió a declarar la vigencia de la norma sobre competencia–competencia que había sido declarada inconstitucional por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de diciembre de 2001.

2. *Acomodación a los estándares internacionales*

La aprobación de una normativa estatal sobre arbitraje comercial, implica un paso importante encaminado a consolidar el arbitraje como método o medio de solución de controversias en el ámbito interno e internacional. Semejante cuerpo legal elimina de alguna manera los obstáculos que entorpecían y frustraban el desarrollo del procedimiento arbitral, ya que consagra y establece al efecto, nuevas modalidades y mecanismos para la realización de los arbitrajes en Panamá. Tras la entrada en vigor del Decreto Ley 5/1999, nuestra legislación en materia arbitral se acomodó a estándares internacionales, para garantizar a nacionales y extranjeros, la aplicación de reglas claras y conformes con las tendencias modernas de la globalización²³². La inspiración del nuevo texto vino, esencialmente, como se ha indicado, de la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas (CNUDMI / UNCITRAL), pero también de los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional y de la Asociación Americana de Arbitraje²³³.

²³¹ De acuerdo con este precepto, son funciones del Consejo de Gabinete “4. Acordar con el Presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación. Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos”.

²³² M. Blessing, “Globalization (and Harmonization?) of Arbitration”, *J. Int’l. Arb.*, 1992, pp. 79 ss.

²³³ Como apunta P. Perales Viscasillas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral) lleva varias décadas destinando gran parte de sus esfuerzos y recursos a la tarea de armonizar las reglas que rigen el arbitraje mercantil internacional. Es la institución que puede dar respuesta a los problemas jurídicos universales que se plantean en comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Uncitral ha logrado aunar los principios jurídicos provenientes de diferentes ordenamientos,

La regulación del Decreto ley 5/99 facilita el arbitraje en litigios de gran envergadura; en cuestiones que enfrentan a empresas para las que una decisión rápida e irrevocable resulta más importante que la garantía que ofrece el proceso; y en cuestiones de considerable complejidad técnica; pero, sobre todo, esta disposición Ley aspira a consolidar el arbitraje en litigios derivados del comercio internacional en los que ninguno de los sujetos intervinientes quiere verse obligado a litigar ante los tribunales del Estado de la otra parte, y en los que resulta de capital importancia que esta neutralidad se extienda no sólo al procedimiento sino también a las normas sustantivas aplicables, garantizando la plena vigencia de los usos mercantiles internacionales²³⁴.

El Decreto ley 5/99 determinó con precisión y de forma taxativa, cuales son las materias que no son susceptibles de arbitraje enumerando entre ellas las que no sean de libre disposición de las partes, es decir, las no negociables, ni transigibles. Precisó también la imposibilidad de someter a arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial que haga tránsito a cosa juzgada, entendiéndose por tales, aquellas que han sido ya resueltas mediante laudos, o decisiones judiciales, y agregaría, que todas aquellas que hayan sido objeto de un acuerdo de mediación o conciliación conforme se desprende de los arts. 49 y el art. 56.2°.

mediante equilibrios complejos y delicados; se legitima así su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el Derecho exigido por una economía globalizada (cf. “Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York”, *Arbitraje*, vol. I, n° 2, 2008, pp.363–401). Sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito del arbitraje, fundamentalmente las instituciones de arbitraje, como la Cámara de Comercio Internacional por medio particularmente de su Reglamento, que también fue tenido en cuenta en la redacción de la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) (LA), lo cierto es que éstas carecen de poder normativo, y de la universalidad propias de la Uncitral.

²³⁴ G. Bernini, “Cultural Neutrality: A Prerequisite to Arbitral Justice”, *Mich. J. Int’l L.*, vol. 10, 1989, pp. 39–56; Y. Derains, “La neutralidad cultural del árbitro internacional”, *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 3, 2007, pp. 13–24..

Partiendo de la consideración del arbitraje como una figura unitaria el Decreto ley contempla diversas modalidades de arbitraje, el de derecho y el de equidad, el institucionalizado y el *ad hoc*²³⁵, manteniendo un concepto único del arbitraje. Este último es un arbitraje concreto para un caso determinado que las partes o los árbitros, o ambos conjuntamente, establecen en función del deseo expreso de aquellos o de las particularidades del caso²³⁶. El segundo, es el encomendado a una institución especializada, ya sea de carácter corporativo o profesional o de mayor espectro sectorial. Tanto si es nacional como si es internacional en el arbitraje de Derecho sólo están facultados para actuar válidamente como árbitros, los abogados. El art. 3 del Decreto ley dispone que, para que el arbitraje sea en Derecho tiene que estar expresamente establecido, bien sea por la voluntad de las partes en el convenio arbitral, o en el reglamento aplicable del centro administrador del arbitraje, y en su defecto, se presumirá que es en equidad²³⁷.

Cuando se trate de un en equidad, en donde los árbitros estaban obligados a fallar conforme a la justicia natural, no puede darse la violación a la Ley, ya que los mismos fallaron de acuerdo a su leal saber y entender sin sujeción a las reglas de derecho (art. 3 del Decreto ley 5/99), lo que incluye los usos mercantiles y los principios de los contratos de comercio, que son reglas de Derecho. La Sala Cuarta mediante sentencia de 22 de abril de 2001, consideró a este respecto lo siguiente:

“... los arbitrajes en equidad son dictados en conciencia, desprovistos de formalidad legales, inspirados en la justicia, lo cual implica en dar a cada uno lo que le

²³⁵ Sobre la distinción *vid.* G. Aksen, “Ad hoc versus institutional Arbitration”, *ICC ICarb. Bull.*, vol. 2, n° 1, 1991, pp. 8–14.

²³⁶ P. Lalive, “Avantages et inconvénients de l’arbitrage *ad hoc*”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 301–321.

²³⁷ El egregio tratadista panameño Dr. Gilberto Boutin, en su obra titulada, *Del Arbitraje Comercial Decreto Ley 5 de 1999*, comentando este precepto 3 señala a este respecto que “El arbitraje se polariza entre un *jus naturali*, cuando es de equidad y en un *jus positivo*, tal como lo expresa el art. 3, al establecer una presunta clasificación de arbitraje de derecho y de equidad; en tal sentido, los árbitros están obligados, en el evento que el arbitraje sea en equidad, a fallar en equidad de manera vinculante o a su conciencia; de ser en derecho, deberán fallar de acuerdo a la ley”.

corresponde, por lo que no tienen imperativa y necesariamente que fallar aplicando las reglas de derecho, sin que ello signifique que el no conceder una pretensión se violen los derechos de las partes, si a ello se acogieron previamente”

La CSJ ha insistido en la presunción de equidad en un asunto en que las partes habían pactado resolver todas las controversias que pudieran presentarse producto de la relación contractual, por medio de la institución del arbitraje, el cual se llevaría a cabo en el CeCAP con sede en la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, atendiendo a sus reglas y procedimiento, sin hacer mención expresa del tipo de arbitraje que regiría el proceso, pues si bien se acordó que el Derecho aplicable sería el panameño, se hacía referencia a la ley aplicable al fondo del litigio que serviría de base legal a los árbitros al momento de decidir²³⁸

Legislación arbitral panameña determina los requisitos que deben cumplimentar las instituciones arbitrales para obtener su personalidad jurídica, a través del Ministerio de Gobierno y Justicia. Se trata de un sistema de *octroi* que es previo a la constitución de estas entidades como centros de mediación o cortes de arbitraje, tal como lo ha alcanzado el Centro de Solución de Conflictos de la Cámara Panameña de la Construcción, el Centro de Arbitraje y Conciliación de Panamá, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, Instituto Internacional de Negociación, Mediación y Arbitraje.

En la normativa arbitral, también se establecieron los requisitos que deben cumplir las instituciones arbitrales para obtener la personería jurídica, a través del Ministerio de Gobierno y Justicia, a fin de constituirse como centros de mediación o cortes de arbitraje. Para ello se partió de la

²³⁸ Sentencia de la CSJ (Pleno), 4ª de negocios generales, 28 de diciembre de 2009 (*Inmobiliaria La Nación, S.A. contra H. A. Engineering, Inc.*). La CSJ consideró que el tribunal arbitral “en cumplimiento de lo demandado por las partes y como producto de un arbitraje en equidad, profirió un laudo moderado atendiendo a la justicia natural, basado en su experiencia y en las reglas de la lógica y los principios generales del derecho, dándole a cada uno lo que le corresponde, con lo cual se descarta la causal invocada por falta de fundamento”.

distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional y de esta suerte, el art. 5 del referido Decreto ley 5/99 considera que el arbitraje es considerado como arbitraje comercial internacional cuando, el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal. De esta suerte, un arbitraje será considerado extranjero o no nacional, aun cuando se dicte el fallo dentro del territorio nacional, si las partes en el convenio arbitral tenían al momento de la celebración de dicho convenio, sus establecimientos u oficinas en Estados diferentes o si el lugar del arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral, está situado fuera del país donde las partes tienen sus centros de negocios y si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y está relacionada con más de un Estado o consista en prestaciones de servicios, que produzcan efectos transfronterizos. En el Decreto ley nº 5 de 1999, también se establecieron los requisitos que deben cumplir las instituciones arbitrales para obtener la personería jurídica, a través del Ministerio de Gobierno y Justicia, a fin de constituirse como centros de mediación o cortes de arbitraje.

Una cuestión interesante vinculada a la aprobación de los centros de arbitraje es la de si los reglamentos de las instituciones de arbitraje deben estar sujetos a una aprobación administrativa. La respuesta debe ser radicalmente negativa pues son los particulares, y no el Estado, los que deciden el tipo de procedimiento que deseen adoptar para resolver sus controversias. Ello no implica que si el reglamento de la institución arbitral por cualquier motivo no llega a ajustarse a ciertos postulados constitucionales o de orden público, los tribunales estatales deberían actuar.

Una descripción muy somera del contenido de la Ley de arbitraje panameña apunta los siguientes datos²³⁹. En su art. 2, indica que no podrán ser sometidas a arbitrajes las controversias que surjan de materias que no sean de la libre disposición de las partes y las cuestiones sobre

²³⁹ Vid. G. Boutin Icaza, *Del arbitraje: legislación, comentarios y jurisprudencia: Decreto Ley 5 de 1999 por el cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación*, Panamá, 2001.

las que haya recaído resolución judicial que hagan tránsito a cosa juzgada²⁴⁰. Dentro de los efectos procesales del convenio arbitral se inserta la declinatoria de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral; también deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, en su caso, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo a esas mismas cuestiones.

3. Procedimiento arbitral

El hecho de que el arbitraje esté marcado por su libre configuración conduce a que resulta imposible remplazar la obligación que corresponde a las partes y al tribunal arbitral de cumplimentar tres postulados constitucionales de carácter imperativo, aplicables a todo proceso: audiencia, contradicción e igualdad. Admitiendo que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual los particulares pueden alcanzar los mismos objetivos que ante la jurisdicción civil, el Decreto ley 5/99 exige un procedimiento equilibrado en el que las partes gocen de igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones. La finalidad misma del procedimiento arbitral reposa en la solución de las controversias en forma rápida, confidencial y eficaz, y su objetivo esencial de tratar a las partes con igualdad y dando a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos. Desde esta perspectiva, los árbitros han de tener muy claro que su misión es esencial se orienta a garantizar el derecho de defensa y el mantenimiento a las partes en sus derechos y facultades comunes y en las específicas de cada de ellas una, sin que puedan permitirse ni permitir extralimitaciones de ningún género.

En cuanto al procedimiento, el Derecho panameño permite que las partes decidan las reglas procesales que han de regir el arbitraje. Las etapas procesales usualmente son la formalización del compromiso, la constitución del tribunal arbitral, las pretensiones de las partes, las prue-

²⁴⁰ B. Fauverque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflicts de lois*, París, LGDJ, 1996 p. 103.

bas y el laudo arbitral, en tanto que instrumento declarativo que pone fin a una disputa. La ejecución de los términos que contenga el laudo arbitral depende bien de la voluntad libremente expresada en el convenio arbitral de acatar y cumplir los términos del laudo. El proceso arbitral comienza como en todo proceso con la instauración de la demanda, dicha demanda o solicitud de convocatoria debe contemplar una serie de reglas que señalan a continuación. En el arbitraje *ad hoc*, las partes pueden establecer libremente el contenido mínimo de la solicitud de arbitraje o demanda, disponiendo expresamente al respecto, o remitiéndose a las reglas pertinentes de la Ley Uniforme de la Uncitral.

El procedimiento se ajusta a lo determinado por las partes o de conformidad al reglamento aplicable, atendiendo los principios de contradicción, impulso oficioso y leal colaboración de las partes. Se deroga la exigencia de la determinación del procedimiento mediante escritura o documento de compromiso. Igualmente se deroga la remisión al proceso oral que hacía la legislación del Código Judicial cuando no se hubiese establecido procedimiento y en su lugar, como se señaló, se remite al reglamento. En el desarrollo del proceso se prohíbe la interposición de incidentes ante los tribunales ordinarios ni la presentación de excepciones en forma de incidente de previo y especial pronunciamiento.

El procedimiento arbitral posee sus propias características. Esa singularidad reposa en aspectos que le son muy propios, como el de la competencia acordada por las partes contratantes, la conformación del tribunal arbitral, la definición en el caso concreto sobre si la materia discutida es disponible, la extensión de la cláusula arbitral a terceros no intervinientes, la ley material aplicable en el arbitraje internacional, etc., Las partes, en efecto, tienen plena libertad para regular el procedimiento arbitral, pudiendo a tal efecto, establecer el tipo de arbitraje, el lugar del arbitraje y las reglas a aplicarse, de acuerdo a lo establecido en el convenio arbitral o según el reglamento de la institución arbitral al cual las partes se han sometido. No obstante, los aspectos de fondo, sobre el conflicto mismo y su solución jurídica, en el arbitraje de Derecho), participan de los mismos postulados que el proceso ante la justicia estatal. El

árbitro debe “conocer” el conflicto para poder resolverlo. La nota de flexibilidad inherente al arbitraje posibilita a las partes que determinen con libertad el procedimiento al que se ha de sujetar el tribunal arbitral y que en ausencia de tal acuerdo, el tribunal arbitral proceda a dirigir el procedimiento de la manera que estime más adecuada. No obstante, al margen de esta flexibilidad que caracteriza la conducción del arbitraje, el postulado del trato igual y de la plena posibilidad de hacer valer los derechos constituye un límite a la autonomía de las partes y a la facultad del tribunal arbitral para conducir el procedimiento. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que la finalidad última del referido postulado es la protección de los derechos fundamentales de las partes garantizando la sustanciación ecuaníme y eficaz de las actuaciones arbitrales, confiando la seguridad jurídica de que el tribunal arbitral no derivará en una acción arbitraria o caprichosa.

El carácter flexible permite a los árbitros practicar a su instancia las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho, lo que viene a suponer la no aplicación al procedimiento arbitral del principio de aportación de parte, de los que se extrae que los árbitros de acuerdo con la naturaleza intrínseca del arbitraje no tienen precisión de acomodarse al rigor de las reglas procesales debiendo fundamentarse en el principio general de oportunidad de defensa y pruebas con audiencia bilateral y contradicción. A este respecto, el Decreto ley contempla asimismo un procedimiento dinámico, que asegure el respeto a derechos de la defensa de las partes a lo largo de todas las actuaciones arbitrales, un procedimiento presidido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que confiere un fortalecimiento de los poderes y de la autoridad de los árbitros, tanto en la determinación de su competencia, como en orden al impulso de oficio del proceso, a la inmediación y la aplicación del Derecho rector del fondo y que asegure un proceso ágil vivo y dinámico que se hace realidad en la autonomía del arbitraje. No en vano el árbitro o los árbitros son los auténticos protagonistas en la creación del derecho cuando han de resolver la controversia porque así lo disponga la justicia material. La modalidad de arbitraje, su procedimiento, el

número de árbitros, el lugar y el idioma, estará determinado en primera instancia por lo convenido por las partes y en segundo lugar, serán los árbitros quienes determinen el procedimiento y su desarrollo (art. 18). Por último, el laudo arbitral cierra y pone fin a la controversia que ha sido sometida al o los árbitros, que tienen para hacerlo en un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la aceptación de su designación, cuando se trate de un arbitraje con un solo árbitro o del último que acepte el cargo. Los laudos constarán por escrito y serán firmados por el tribunal arbitral, y si no hay unanimidad en la decisión se estará a lo que disponga la mayoría o bien, si todos discrepan, se estará a lo que decida el árbitro dirimente. El laudo tendrá como mínimo la identificación de las partes, de los árbitros y de la controversia; también el reconocimiento y alcance de la competencia del tribunal arbitral.

Notificado el laudo a las partes, en la forma que lo hayan convenido o por medio del reglamento aplicable, se les remitirá a las partes copia del laudo mediante correo certificado o cualquier otro medio tecnológico de comunicación escrita, que ofrezca certeza de su contenido (arts. 29 y 30). En los laudos podrán incorporarse acuerdos transaccionales parciales o totales, así como emitir el laudo conforme se ha convenido en un acuerdo de conciliación., esto es, elevar a laudo arbitral, un acuerdo de conciliación²⁴¹. Ello es una novedad en la legislación panameña, ya que la conciliación puede tener elementos de extranjería y por ende ser considerada no nacional igual que el laudo que ha sido generado por ellas.

El laudo notificado a las partes es susceptible de corrección por los árbitros, y de anulación, ante la Corte Suprema de Justicia, si se atienden los términos establecidos en los arts. 32 y 33 del Decreto Ley.

Con el objeto de alcanzar un procedimiento arbitral operativo es menester que las partes se esfuercen por pactar de manera inequívoca su voluntad de someterse a arbitraje y que los miembros del tribunal impulse el proceso bajo los principios de contradicción, equidad y economía

²⁴¹ G. Ormazábal Sánchez, “La transacción en el procedimiento arbitral”, *Actualidad y Derecho*, n° 19, 1995, pp. 1–7

procesal y con el fin primordial de conocer la verdad sabida, en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a cada tipo de proceso arbitral.

Aunque el Decreto ley 5/99 no prevé la terminación de los procesos arbitrales por otros medios distintos a la emisión del laudo o de transacción (total o parcial), el Reglamento sí comprende los siguientes medios de terminación del proceso arbitral: a) Caducidad del plazo conferido a los árbitros para fallar, sin perjuicio de su responsabilidad. b) Desistimiento o renuncia del demandante o conjunta. Sin embargo, a diferencia de lo indicado para el laudo, no se prevé plazo para el dictamen de la resolución que acoge la terminación del proceso. Además, de acuerdo al Reglamento, no hay reembolso de los fondos desembolsados en el proceso.

4. Auxilio judicial

La solicitud del auxilio a los jueces estatales se traduce, entre otras manifestaciones, en la ayuda para la práctica de pruebas o para la el otorgamiento de las medidas provisionales o cautelares que la parte considere imprescindibles para aseguramiento del objeto del proceso, de conformidad con el art. 24 del Decreto ley 5 de 1999. Sin olvidar que este auxilio es opcional, pues la norma no obliga al Tribunal a requerirlo. De conformidad con este precepto

“El Tribunal arbitral practicará todas las pruebas que hayan sido admitidas, dejando constancia de las actuaciones practicadas.

Asimismo podrá dirigirse al juez de circuito del ramo civil del lugar del arbitraje, en solicitud de auxilio para las pruebas que no pueda el tribunal practicar por sí mismo, por lo cual se le concede un término no mayor de quince días para su práctica.

El juez hará las prácticas de las pruebas solicitadas de conformidad a lo preceptuado en el Código Judicial, y las remitirá al Tribunal Arbitral.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, adoptar las medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso.”

Existen otros supuestos donde es necesaria la participación del órgano judicial. Es el caso de que una presente la demanda ante la jurisdicción ordinaria y el juez que conoce la misma advierte la existencia de una cláusula arbitral. En la mayor parte de los sistemas, incluido el panameño el juez ha de declinar automáticamente el conocimiento del asunto y remitir el asunto al arbitraje. Pero en la práctica este automatismo no opera en todas las ocasiones y es más frecuente de lo que sería deseable que el juez prosiga el procedimiento y que sea una de las partes quien tome la iniciativa y alegue la correspondiente excepción. De esta suerte se produce una controversia judicial sobre un tema que pudo evitarse, desde el momento que se advirtió la cláusula arbitral, misma que representa una renuncia a la justicia ordinaria. Bien entendido que esta renuncia tiene sus límites, pues el laudo es susceptible de impugnación ante la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia²⁴².

La ejecución de los laudos arbitrales corresponde a la jurisdicción ordinaria, siguiendo para ello el mismo procedimiento que para la ejecución de sentencias judiciales en firme. A diferencia del proceso ordinario, la ejecución del laudo prevé el traslado por 15 días a la otra parte, quien de oponerse sólo puede alegar pendencia del recurso de anulación. El reconocimiento del laudo arbitral opera en los siguientes casos: a) Si el laudo es dictado fuera del territorio de Panamá. b) Si el laudo es dictado en el territorio de Panamá, pero en el curso de un arbitraje comercial internacional.

5. Consideración del arbitraje comercial internacional

La hora actual muestra como el arbitraje ya no es una cuestión que se desarrolla en algunos Estados de forma exclusiva sino que figura en la práctica totalidad de las legislaciones modernas y en tratados internacionales suscritos mayoritariamente por los estados. Hemos insistido aquí varias veces en la repercusión que ha tenido la Ley Modelo Uncitral en

²⁴² Vid. las consideraciones de la ilustre abogada panameña D.A. Castañedas López, “Función del órgano judicial antes y durante los procesos arbitrales”, <http://www.cescon.org/AUXILIO%20DEL%20ORGANO%20JUDICIAL.pdf>

esta aceptación generalizada, lo mismo que ha acontecido con la Convención de Nueva York de 1958. El éxito del arbitraje comercial internacional se explica por constituir un instrumento de inapreciable valor en la solución de los conflictos derivados de las transacciones transfronterizas. Es cierto, que el arbitraje interno cada vez ofrece mayor importancia como alternativa al proceso jurisdiccional, pero es en el marco internacional donde ha adquirido auténtica carta de naturaleza. Por consiguiente, el modo de minimizar drásticamente la incertidumbre inherente a las controversias producidas en el marco de la contratación internacional cuando son los tribunales estatales los que resuelvan es pactando una cláusula de arbitraje para futuros conflictos.

La autonomía del arbitraje no obedece exclusivamente a su relevancia en las transacciones comerciales convirtiéndose en el procedimiento más utilizado para solucionar las controversias en el tráfico de bienes y servicios en este marco²⁴³. Evidentemente, la liberalización del mercado precisa un marco de arreglo desvinculado de cualquier evocación anterior de carácter estatal²⁴⁴. Pero en su dimensión internacional el arbitraje ofrece una ventaja adicional, cual es la neutralidad. En relación con el principio de neutralidad en el arbitraje comercial internacional resulta de extraordinaria importancia en la actividad tanto de los árbitros como de las partes se desenvuelva en armonía con los principios que el consenso social considere de obligado cumplimiento. Sólo de este modo se podrá alcanzar un mecanismo que permita la adecuada resolución de las controversias que surgen de las relaciones transnacionales. Dicha neutralidad debe predicarse desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, la neutralidad de la nacionalidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral; en segundo lugar, la neutralidad del lugar del arbitraje; y, por último, la neutralidad del idioma utilizado. De esta suerte, por acuerdo de los interesados, podrá disponerse de un foro neutral que se acomode a las circunstancias peculiares de la controversia,

²⁴³ K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

²⁴⁴ L.Y. Fortier, "International Arbitration on the Eve of the Millennium", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. I., 1997, pp. 1-8.

tanto para que se desarrolle allí el procedimiento como para la selección de las normas aplicables que habrán de regir el fondo del litigio.

Si, como es habitual en el Derecho procesal civil internacional, la controversia debe resolverse ante órganos del Poder Judicial de la otra parte, la que resulta no nacional sin duda experimentará una sensación de estar en una situación de inferioridad por tener que litigar muchas veces en otro idioma, bajo normas procesales que no tiene por qué conocer y buscar asesoramiento en por abogados del país del litigio. En efecto, desde el momento en que se plantea una controversia entre operadores establecidos en distintos estados, estos tienen derecho a que su controversia se resuelva de una manera neutral, con las mismas oportunidades procesales que la parte nacional y, sobre todo, en igualdad de condiciones. Por eso en caso de que la controversia se someta ante la jurisdicción ordinaria de un determinado Estado, hablar de igualdad entre la parte extranjera y la nacional no es otra cosa que una mera retórica procesal que la práctica la parte extranjera está actuando en un entorno que, en principio, no le beneficia. Aparte del idioma y de un asesoramiento directo de abogados locales la parte que litiga ante sus propios tribunales tiene la ventaja añadida de contar con un mayor conocimiento y experiencia de ese sistema judicial. Y ello al margen de la natural desconfianza respecto de los jueces en el sentido de inclinarse en favor de la parte local, sobre todo, cuando la contraparte es un Estado o una entidad estatal. Las razones indicadas han apuntalado la institución arbitral como remedio esencial lo cual, unido a la flexibilidad inherente a la misma, posibilita que las partes diseñen un proceso de conformidad con las circunstancias específicas de la controversia en un marco declara neutralidad.

Por mucho que el proceso de globalización se haya extendido sigue todavía presente en las controversias internacionales un pronunciado localismo muy poco favorable para la elección de la justicia ordinaria respecto de la cual los operadores económicos prefieren mantenerse al

margen optando por desnacionalizar la solución de sus controversias a través del arbitraje²⁴⁵.

El art. 5 del Decreto ley 5/1999, establece que el arbitraje comercial internacional se configura cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que así lo caractericen o bien cuando la regla de conflicto del foro lo califique como internacional. A su vez, contempla una serie de elementos que permiten identificar si se está frente a un arbitraje comercial internacional o nacional, tales como: 1. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de celebración de ese convenio, sus establecimientos u oficinas en Estados diferentes. 2. Si el lugar del arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos. 3. Si el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos. 4. Si el lugar con respecto al cual la controversia guarda una relación más estrecha, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos. 5. Si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales. De lo anterior se colige que, la internacionalidad del arbitraje puede determinarse en base a tres requisitos generales: a) arbitrabilidad: si la materia objeto de litigio es susceptible de ser sometida a arbitraje en un país determinado; b) mercantilidad: si la relación entre los Estados y las prestaciones que de ella se generan, sean consideradas actos de comercio; y, c) internacionalidad: si las partes, sus relaciones o los bienes o servicios en cuestión se encuentran, pertenecen o están vinculados a países distintos, lo cual lleva a verificar la legislación y la jurisdicción aplicables, ya que al no ser internacional, la jurisdicción aplicable será la nacional con la ley nacio-

²⁴⁵ F.K. Juenger, "The Lex Mercatoria and the Conflicts of Law", *Lex Mercatoria and Arbitration* (Th. E. Carbonneau, ed.), Dobbs Ferry, N.Y., 1990, p. 219.

nal respectiva, convirtiéndose así en un arbitraje doméstico o nacional. El arbitraje de derecho privado internacional se sitúa en unas coordenadas bien distintas, tal y como se deduce del nivel actual de su desarrollo institucional y doctrinal. El arbitraje internacional, en principio, ha de abordarse desde un punto de vista negativo; contempla litigios sobrevenidos en relaciones jurídico–privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único Derecho nacional.

La consecuencias del carácter internacional o interno del arbitraje comercial son muy explícitas en la Sentencia de la SCJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 17 de noviembre de 2008 (*Agro Comercio Palacios Marquez Palmar C. Ltda. / M/V Cape Belle*). La motonave Cape Belle fue secuestrada en el puerto de Balboa, el día 28 de noviembre de 1998, en virtud de la orden de secuestro emitida por el Tribunal Marítimo, y fuera levantado el 29 de noviembre de 1998, por medio de consignación de una carta de Garantía de The Steamship Mutual P & I Club. Los apoderados judiciales de las partes, acordaron someter a arbitraje en Panamá el proceso marítimo, en virtud del Convenio Arbitral suscrito el 16 de octubre de 2003, presentado ante el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá para la correspondiente declinatoria de competencia a favor del arbitraje, lo cual fue resuelto mediante Auto n° 229 de 27 de octubre de 2003. El proceso arbitral se llevó a cabo en el Centro de Solución de Conflicto (CESCON) de la Cámara Panameña de la Construcción (CAPAC), de acuerdo a lo establecido por las partes. El proceso culminó con el Laudo Arbitral en Derecho fechado 9 de mayo de 2005. El proponente solicitó la anulación del laudo alegando que el laudo arbitral era es contrario al orden público panameño, causal de anulación contemplada en el numeral 2 del art. 34 del Decreto Ley n° 5 de 1999. Dicha solicitud se basaba en que, en atención a lo establecido en los arts. 17.4°, 164.3° y 525 del Código de Procedimiento Marítimo, ya que el tribunal arbitral decidió que la competencia de la jurisdicción panameña dejaba de ser privativa y debía compartirse con la competencia de la jurisdicción inglesa, y en vista que la nave secuestrada fue desahaprendida con el propósito de hacer efectivo un crédito marítimo privi-

legiado, bajo el pretexto del incumplimiento de ciertos actos procesales en una jurisdicción extraña a la panameña. Cabe señalar que el procedimiento se puso de manifiesto que el Tribunal Arbitral no sólo sesionó y emitió el laudo arbitral en Panamá, sino que el mismo es ejecutable en Panamá, elementos que permiten concluir que el Laudo Arbitral de 9 de mayo de 2005, es un Laudo Arbitral Interno o Nacional, con elementos de extranjería, por tanto, es susceptible de recurso de anulación.

En el sistema arbitral panameño no ha desaparecido la perspectiva conflictualista de la cual el exponente máximo es el sistema panameño, pues tras establecer que el tribunal arbitral aplicará “reglas de Derecho si el arbitraje es de Derecho” (art. 26) y apreciará “para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual” las estipulaciones del contrato y los usos de comercio, incluidos los principios Unidroit (art. 27) dispone una serie de soluciones conflictuales, inspiradas en los arts. 60 a 63 LA española de 1988 aunque con respuestas diferentes. En el art. 43; en concreto una regla de conflicto para la capacidad de las partes en un convenio arbitral, que se regirá conforme a la ley personal, y otra regla de conflicto para la validez y los efectos del convenio arbitral que remite a la ley “expresamente designada por las partes, por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje; en su defecto, por la ley del lugar en donde haya de dictarse el laudo arbitral. Si éste no estuviere determinado, se aplicará la ley del lugar de celebración del convenio arbitral cuando éste constase expresamente; en su defecto, por la ley panameña”. Por último, en orden a la ley aplicable al fondo el párrafo 3 del referido art. 43 incluye las siguientes respuestas:

“En el arbitraje de Derecho el tribunal arbitral decidirá conforme a la ley designada por las partes, por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje que sea aplicable. En su defecto, por la ley que determinen libremente a los árbitros, aplicando o no una norma de conflicto, sin desnaturalizar la voluntad de las partes.

Se tendrán en cuenta los usos de comercio y, en su caso, las estipulaciones del contrato y las reglas de contratación privada internacional.

Cuando se trate de un arbitraje comercial internacional, el orden público que se contempla es el orden público internacional.

Para el resto de cuestiones afectas por elementos de internacionalidad o extranjería regirá supletoriamente lo establecido en el Código Civil”.

Afortunadamente tras este complejísimo mecanismo de atribución, el párrafo que cierra el art. 43 cierra el sistema con la siguiente previsión: “El Tribunal podrá renunciar a la aplicación de las reglas de conflicto de Derecho internacional privado y aplicar directamente el Derecho material o sustantivo o Derecho convencional o ley uniforme haya sido designada por las partes de manera clara e indubitable”.

6. *La justicia arbitral panameña*

A) Desarrollo de la práctica arbitral

En Panamá los arbitrajes se han multiplicado, los centros arbitrales han crecido y el propio Estado ha adoptado, por Constitución y por ley, la posibilidad de someter controversias que le afectan a tribunales arbitrales y, más aún, de anticipar su voluntad de resolver toda controversia que se suscite en el sistema de compras de bienes y servicios del sector público en el marco del sistema arbitral. Con algunas variables, se ha llegado a considerar al arbitraje en Panamá una institución que regula el acuerdo de voluntades para someter la decisión a un tercero; o se le ha descrito como el ejercicio de una facultad que se recibe de las partes para resolver un conflicto de intereses. De esta forma, llegamos a la verificación del gran desarrollo del arbitraje al ámbito institucional.

En efecto, el creciente progreso económico del país ha propiciado el establecimiento de numerosos Centros de Arbitraje. Panamá dispone a este efecto de la Sociedad Panameña de Arbitraje, S.A. y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y la Agricultura de Panamá²⁴⁶ y o el Centro de Solución de Conflictos

²⁴⁶ Fundado en 1994, el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá es auspiciado por la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá y otros gremios empresariales. El CeCAP fue beneficiario de uno de los Programas de Cooperación Técnica promovidos en Latinoamérica por el BID/FOMIN para el fortalecimiento de la solución de controversias comerciales a través de arbitraje y mediación.

(CESCON)²⁴⁷. La Autoridad Marítima de Panamá (AMP), la Asociación Panameña de Derecho Marítimo (APDM), la Cámara Marítima de Panamá (CMP) y el Cluster de Abogados Marítimos (CAM) firmaron un convenio para la creación del Centro de Conciliación y Arbitraje Marítimo de Panamá (CCAMP). Asimismo, el Centro de Solución de Conflictos (CESCON) fue creado en el año 2001 por iniciativa de un grupo de empresarios con el interés de institucionalizar los métodos para resolver de manera rápida, eficiente y económica, las diferencias que usualmente surgen durante una relación contractual o comercial. La estructura organizacional de CESCON está conformada por el Consejo Directivo que es la máxima autoridad del Centro, el Consejo Técnico y la Dirección del Centro²⁴⁸.

Los Reglamentos de dichos centros encomiendan con asiduidad una función controladora previa del contenido del convenio arbitral a los centros, dando posibilidades en caso de una respuesta negativa al solicitante para que amplíe el contenido de la cláusula con otros documentos de carácter complementario. La práctica registra que la función de la entidad administradora debe ser muy cuidadosa en la cuestión que estamos examinando, como muestra la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de julio de 2002 (*Central de Fianzas, S.A. / Autoridad de la Región Interoceánica –A.R.I.–*), que anuló un laudo arbitral porque la demandada no era

El CeCAP reclama para sí el mérito de impulsar la actual Ley de Arbitraje de Panamá. El CeCAP ofrece servicios de administración de procesos arbitrales domésticos e internacionales, así como servicios de instalaciones para audiencias. Cuenta con reglamentos de arbitraje y mediación y un código de ética para árbitros. <http://www.panacamara.com/index.php?id=cc>.

²⁴⁷ El Centro de Solución de Conflictos (CESCON), fue creado en el año 2001 por iniciativa de un grupo de empresarios de la Cámara Panameña de la Construcción, con el interés de promover e implementar métodos alternativos para la prevención y solución de controversias, como el arbitraje, la mediación, la conciliación y el *partnering*. Actualmente, el CESCON cuenta con reglamentos de arbitraje, mediación y conciliación, así como un código de ética para árbitros. Al igual que el CeCAP, el CESCON ofrece servicios de administración de procesos arbitrales tanto domésticos como internacionales y servicios de instalaciones para audiencias.

²⁴⁸ <http://www.cescon.org/index.php>.

parte en el convenio arbitral, resaltando el hecho sorpresivo de que centro de arbitraje aceptara la solicitud de arbitraje propuesta por la demandante cuando ya existía una resolución proferida por la misma entidad administradora donde expresamente no se aceptaba la subrogación de la demandada y en consecuencia no era de recibo instaurar un proceso de arbitraje.

Indefectiblemente en la actualidad los procesos arbitrales han aumentado notablemente en Panamá, bien por la desconfianza que existe en el Poder Judicial o bien porque su especialidad, rapidez y eficiencia, se ajustan a las necesidades económicas de las partes²⁴⁹. Consecuentemente, y atendiendo a la relevancia que ha logrado este mecanismo de resolución de controversias, es pertinente abordar el arbitraje desde una perspectiva constitucional, que contribuya a armonizar dicha institución con los mandatos, valores y principios de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

B) Competencia de la jurisdicción panameña en materia arbitral

El Decreto ley 5/99 no ha consignado término para la ejecución del laudo, hecho que nos ha llamado la atención, pues en este sentido la regulación ordinaria sí ha previsto el término para ejecutar las sentencias dictadas en estos estrados. En efecto, el art. 1.022 del Código Judicial ha señalado el término de 6 días que tiene quien ha sido condenado al pago de una suma líquida para cancelar su obligación, previéndose en caso contrario la denuncia de bienes para su embargo y consiguiente remate.

La Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema está conformada por los Presidentes de la Sala Civil, Sala Penal y Sala Contencioso Administrativo y el Secretario General, la cual está presidida por el Presidente de la Corte Suprema y sus atribuciones están consignadas en el Código Judicial, específicamente en el art. 100. Conforme a este

²⁴⁹ Incluso en algunos Estados como en Perú se le ha conferido una significativa importancia disponiendo su obligatoriedad para la resolución de controversias derivadas de la ejecución de los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

artículo esta Sala tiene importante funciones administrativas, reglamentarias, disciplinarias y jurisdiccionales. La Secretaría cuenta con la colaboración de once (11) funcionarios a saber: dos oficiales mayores, dos secretarías escribientes, una portera y seis asistentes de magistrados y se encuentra ubicada en el segundo alto del Edificio que alberga la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de los procesos que examina la Sala Cuarta de Negocios Generales podemos mencionar: a) Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras (execuátur), arts. 1419 y 1420 del C.J. b) Recurso de anulación de Laudos Arbitrales (art. 35 Decreto Ley No.5 de 1999)

7. Últimos proyectos de reforma del arbitraje en Panamá

A) Proyecto de ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá de 2013

El 26 febrero 2013 tuvo entrada en la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá²⁵⁰ cuyo proponente fue el U.D. Raúl Hernández. Según la exposición de motivos tras más de una década de vigencia del Decreto ley 5/99 el arbitraje como medio para resolver controversias entre particulares tanto nacionales como extranjeros se había incrementado notablemente, motivando incluso una reforma constitucional en el año 2004 que modificó el art. 202 de la Constitución. Los proponentes dejaban constancia de que durante este periodo se habían producido importantes modificaciones en otras legislaciones de arbitraje de los países del entorno más inmediato y que la reglamentación vigente adolecía de ciertos vacíos e imprecisiones, señaladamente en lo relativo al arbitraje comercial internacional. Dichas imprevisiones y vacíos habían restado, siempre según los proponentes, competitividad a Panamá como sede potencial de arbitrajes internacionales a la vez que había restringido las posibilidades del

²⁵⁰ http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf.

arbitraje de inversiones, cuestión ésta última importante para el país a partir de la ampliación del canal de Panamá. Para ellos el proyecto tenía como objetivo ofrecer a la comunidad panameña la posibilidad de resolver sus conflictos a través de un sistema justo y adecuado con la realidad nacional e internacional y, a su vez, ofrecer un ambiente legal seguro y reglas modernas a los inversores extranjeros cuando se encuentren con un conflicto derivado de su inversión.

Se reconocía la dependencia del proyecto respecto de la Ley Modelo Uncitral en 1985, enmendada en el año 2006, y también se tuvieron en cuenta las reformas operadas en Perú en el año 2008, en Costa Rica en el año 2011 y, por lo que respecta al continente europeo, a las practicadas en Francia y en España también en el año 2011. El proyecto fue objeto de una detenida revisión por el capítulo panameño de la Cámara de Comercio Internacional y un número elevado de expertos en la materia. Al igual que ha ocurrido en otros países del entorno, como la República Dominicana o Costa Rica. La influencia de la Cámara de Comercio Internacional en la redacción del proyecto ha sido manifiesta. Como es bien sabido, la ley Modelo no debe ser adoptada en su integridad. Hubiese sido deseable, sin embargo, un sondeo entre abogados y otras instituciones como el colegio y las distintas cámaras, acerca de la percepción de la tendencia favorable hacia la introducción de cláusulas arbitrales, pues aunque se percibe que van en aumento año tras año, todavía se observan ciertas reticencias no sólo hacia la institución arbitral sino que ésta de mueve en un círculo cerrado al cual únicamente pueden acceder unos pocos. Sería necesario responder con argumentos válidos que, a la vez, difundan las ventajas de la institución arbitral en nuestro país, y transmitan a los jueces, a veces reacios a aceptar la validez de las cláusulas de arbitraje, la idea de que el arbitraje, reconocido constitucionalmente, no supone ninguna usurpación de sus funciones jurisdiccionales y que sobre el mismo ellos deben de ejercer importantes funciones de control, a lo que hay que añadir su competencia exclusiva para la ejecución de los laudos. Debe dejarse constancia de que el principio de colaboración de los tribunales estatales con los árbitros que está claramente

establecido en la Ley Modelo, que al igual que el proyecto promueve la asistencia judicial en los procesos arbitrales en aquellas materias concernientes a la designación de recusación de árbitros, la adopción y ejecución de las medidas provisionales y la producción de pruebas.

La elección de la Ley Modelo Uncitral como pauta de un determinado sistema arbitral, viene incorporándola en su totalidad, o bien introduciendo sus principios esenciales tiene un efecto directo en los operadores extranjeros en el sentido de considerar más atrayente la realización de arbitrajes en Panamá disminuyendo ciertas reticencias u otros obstáculos que entorpezcan el reconocimiento y la ejecución en el extranjero de acuerdos arbitrales localizados en el territorio panameño. Debe tenerse en cuenta que no sólo países de diversos continentes han aceptado las normas de la Ley Modelo, sino que esta recepción ha tenido una particularidad acogida en América Latina bajo el liderazgo de México, que la introdujo prácticamente en su integridad en la reforma del código de comercio de 1993. Es cierto que el Decreto ley 5/1999 había iniciado en Panamá esta aproximación al paradigma, pero aún se mantienen determinadas prácticas locales que ha tenido que ir depurando la jurisprudencia panameña con soluciones a veces discutibles.

A partir de la Ley Modelo, los sistemas que la han seguido han introducido algunas variantes, en unos casos en función de ciertas especificidades del sistema jurídico donde se inserta y, en otros casos, por intereses corporativos en el sentido de privilegiar o al arbitraje institucional en su conjunto o a determinadas instituciones de arbitraje. El fracaso de la anterior Ley de Arbitraje Costa Rica²⁵¹, por haber seguido esta última tendencia, ha sido significativo.

Como hemos visto, dentro de las opciones seguidas en otras legislaciones de América Latina está la incluir en la propia ley de arbitraje otros procedimientos alternativos de solución de controversias, como la mediación y el arbitraje, y esto se reflejó en el Decreto ley 5/99. No obstante, los redactores del proyecto han tenido buen criterio de no caer en

²⁵¹ Ley RAC n° 7727, de 16 de enero de 1998, que reguló en un único cuerpo normativo lo referente a mediación/conciliación y arbitraje.

esta tentación reforzando con ello la autonomía del arbitraje frente a otros ADR siguiendo para ello los modelos seguidos en los países donde el arbitraje goza de mayor aceptación. también los redactores del proyecto han asumido el compromiso implícito de que una vez que la ley se apruebe es menester una amplia labor de difusión e institucionalización que debe tener contenidos distintos, en unos casos de pura divulgación, a través de conferencias, seminarios y talleres, en otros casos a través de seminarios y congresos internacionales, y por último, por medio del acercamiento a entidades públicas que puedan contribuir a la aceptación de la ley por los más amplios sectores de la abogacía, de la empresa y de la banca, para lo cual deberían realizarse esfuerzos tendentes a la capacitación de nuevas generaciones de profesionales, continuando con ello la labor emprendida en Panamá por los cursos internacionales de arbitraje comercial y de inversiones que se han celebrado desde el año 2010²⁵².

Teniendo esto presente el proyecto ha sido acorde con la máxima según la cual los redactores de una ley de arbitraje que eligen el modelo de la Uncitral no deben desviarse del objetivo esencial de este instrumento, cuál es proveer un marco jurídico para que el arbitraje deba ser entendido por todos los operadores jurídicos que lo van a emplear; en consecuencia, los eventuales desvíos de un nuevo texto respecto de la Ley Modelo únicamente deben de practicarse con carácter mínimo y excepcional en lo que fuera absolutamente necesario. Proyectos como el adoptado en Panamá sitúan la normativa de este país dentro de las legislaciones más modernas en materia de arbitraje, no sólo a escala de América Latina, y a la vez encuentran un complemento esencial de los instrumentos internacionales que garantizan el cumplimiento de los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, señaladamente la Convención de Nueva York del año 1958. Entre los objetivos figura establecer un am-

²⁵² Organizados por el Master de Derecho de los negocios internacionales y el Estudio Jurídico Araúz, con la realización de arbitrajes simulados. *Vid.* Órgano Judicial de la República de Panamá, <http://www.organojudicial.gob.pa/noticias/general/noticia-32312/>; <http://www.ohadac.com/boletin-de-informacion/items/65-alumnos-en-arbitraje-formados-en-panama-con-la-participacion-de-acp-legal.html>; <http://www.ohadac.com/content/ohadac/informations/newsletters/17-2011/programme-es.pdf>; <http://www.ohadac.com/boletin-de-informacion/items/primer-arbitraje-simulado-caribeno-en-panama.html>.

biente atractivo para los intervinientes extranjeros en el arbitraje favoreciendo con ello un clima de seguridad para los negocios y para la inversión.

El texto del proyecto incluye 75 artículos agrupados en nueve capítulos. El primero de ellos se refiere a las cuestiones generales destacando la definición de arbitraje internacional (art. 2) cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estos diferentes, o cuando uno de los lugares está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus establecimientos. Siguiendo el modelo español la arbitrabilidad, recogida en el art. 4, se vincula a las materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. El resto de las cuestiones: reglas generales de interpretación, reglas específicas de interpretación, notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos, representación y asesoramiento de las partes, renuncia al derecho a objetar y alcance de la intervención judicial son muy similares a las reguladas en la Ley Modelo. En relación con la opción entre arbitraje *ad hoc* o arbitraje institucional, dispone el art. 12 que en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. Los redactores del proyecto han considerado que la modalidad de arbitraje preferida en Panamá, e inserta en la mayor parte de los contratos entre partes locales, inserta en cláusulas de arbitraje que optan por el arbitraje institucional, siendo por el momento muy poco relevante la opción por el arbitraje *ad hoc*. Partiendo de las inherentes ventajas del arbitraje institucional, no cabe duda que en determinados supuestos, el arbitraje *ad hoc* tiene una serie de ventajas, entre ellas la de ser menos oneroso y la de conferir a las partes mayor libertad y flexibilidad a la hora de designar al árbitro o de establecer el procedimiento a seguir, teniendo siempre en cuenta que la ausencia del concurso de un centro de arbitraje requerirá siempre una constante cooperación entre las partes y a veces una mayor intervención del auxilio que suministra el poder judicial.

El art. 13 mantiene una ordenación ya contenida en el Decreto ley 5/99 en el sentido de que para constituir una institución de arbitraje na-

cional, ésta debe ser autorizada por el gobierno, bajo los reglamentos que regulan la obtención de personería jurídica de las asociaciones sin fines de lucro, siempre que reúnan los siguientes requisitos: solvencia moral y técnica acreditadas, capacidad para la organización y efectiva administración de arbitrajes, atribución específica para la administración de arbitrajes en sus estatutos o reglamentos. El capítulo se cierra con una referencia, común a las modernas legislaciones de arbitraje, cuál es la participación del Estado panameño en este especial procedimiento de arreglo de controversias. Resulta de interés el art. 14 *in fine* cuando establece que “es válida la sumisión arbitraje acordada con el Estado panameño así con la auto así como con la autoridad del canal de Panamá, respecto de los contratos que éstos suscriban. El convenio arbitral o acuerdo de arbitraje así establecido tendrá eficacia por sí mismo, según lo dispuesto en la presente ley”.

Siguiendo con el esquema modelo de la Uncitral el Capítulo II hace referencia al acuerdo de arbitraje, a sus requisitos formales y a sus efectos. Como novedad se incluyen en el art. 18 la posibilidad de adopción de medidas cautelares por el tribunal judicial, que no serán incompatibles con un acuerdo de arbitraje y se entenderán como una renuncia a ese convenio.

La composición del tribunal arbitral conforma el Capítulo III donde se determina el estatuto de los árbitros y su perfil profesional observándose en el art. 20 una tendencia marcadamente corporativa al exigirse para el arbitraje nacional, que no paran internacional, que los árbitros sean abogados en ejercicio. Se añaden en esta materia una serie de impedimentos al determinarse para ser árbitros que ofrece cierta originalidad al determinarse que no podrán ser nombrado a los nombrados árbitros aquellas personas que hubieren atentado gravemente contra el código de ética de una institución de arbitraje y las que hubiesen sido declaradas responsables penalmente por delitos de prevaricación, falsedad o estés. Esa referencia al código de ética de la institución de arbitraje es, sin duda, una iniciativa de los operadores jurídicos vinculados a una institución de arbitraje que no suele ser común en el Derecho comparado.

De nuevo, omnipresente papel de las instituciones de arbitraje que se contiene en el proyecto se manifiesta en una cuestión tan importante como la relativa al nombramiento de los árbitros y a su designación por la referida institución de arbitraje (art. 23). También dentro de este capítulo III destaca como innovación panameña la regulación del denominado “procedimiento si la otra parte no conviene”, donde también la institución de arbitraje juega un importante papel.

El esquema modelo se repite en el Capítulo IV que aborda el complejo tema de la competencia del tribunal arbitral. Como es lógico la reforma del art. 202 de la Constitución se refleja directamente en el art. 30 del proyecto que regula la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. Aquí se observa una tendencia regulatoria que no es frecuente en otros sistemas como la consideración del plazo para interponer la excepción de incompetencia y la decisión de las excepciones que pueden causar en un laudo parcial o en un laudo final.

Sin duda la cuestión más conflictiva y la que acaso ha incidido para que el proyecto no haya seguido su curso normal, y quedase paralizado en la fase final de la presente legislatura panameña es la relativa a las medidas cautelares y órdenes preliminares. Los redactores del proyecto han incorporado aquí, al igual que lo hiciera el legislador mexicano en la reforma del Código de comercio, toda la batería de cuestiones tratadas en la reforma de la Ley Modelo del año 2006. Unas cuestiones que no suele ser fácilmente asimiladas por los jueces. Esta materia, tratada en el Capítulo V, excede claramente la ordenación de esta materia practicada por otros sistemas jurídicos. Son normas que pudieran calificarse de “nueva generación” y acaso la prudencia aconsejara reducir sustancialmente el tratamiento de estos complejos mecanismos vinculados a la justicia cautelar en un sistema donde el arbitraje aún no se ha consolidado y donde las interferencias del poder judicial aún no han alcanzado el grado de normalización deseado.

También el Capítulo VI sigue el modelo clásico en la ordenación de la sustanciación de las actuaciones arbitrales resaltándose en el la importancia del trato equitativo de las partes y la libertad de estas en la deter-

minación del procedimiento. En este punto los redactores del proyecto han seguido una orientación procesalista regulando cuestiones que deberían ser tratadas en los reglamentos de las instituciones de arbitraje o en los acuerdos entre las partes previos al arbitraje. La inclusión de reglas procedimentales no es una buena solución a la hora de redactar una ley de arbitraje.

El pronunciamiento de laudo y la terminación de las actuaciones arbitrales constituye el objeto del Capítulo VII donde se establece el plazo para dictar el laudo, que en el arbitraje nacional no debería exceder de dos meses con posibilidad de prórroga por parte del tribunal arbitral y otros dos meses, siempre que las partes no disponga otra cosa. Mención especial por lo que supone de solución superadora del sistema vigente es la relativa al derecho aplicable al fondo del arbitraje, con exclusión expresa de cualquier posibilidad de reenvío.

La impugnación de laudo, contemplada en el Capítulo VIII, descansa en las causales de anulación previstas en el art. 67, reproduciéndose aquí casi por entero el modelo de motivos de impugnación incluidos en la Ley Modelo Uncitral. Y los Capítulos VIII y IX siguen también los postulados clásicos en torno a la ejecución del auto y al reconocimiento y ejecución de los laudos pronunciados en el extranjero. En esta última cuestión debe lamentarse la coexistencia de la Convención interamericana de arbitraje comercial internacional de 1975 con la Convención de Nueva York de 1958. Dicha coexistencia al suscitar, sobre todo en relación con Estados Unidos, conflicto de convenciones debería desaparecer con una valiente y decidido denuncia por parte del Estado panameño de la convención referida de la CIDIP del año 1975, por mucho que esta se hubiera hecho en su día en Panamá. El proyecto en vez de seguir el modelo de la Ley española de arbitraje de 2003, de incorporación por referencia de la Convención de Nueva York de 1958, comete el mismo error en el que incurrió la Ley de Arbitraje española de 1988 de regular los motivos para denegar el reconocimiento por la ejecución. De esta suerte si ya existe una convención universal, no tiene sentido el contenido del art. 72 del proyecto.

Dejando al margen algunas aportaciones originales panameñas, ciertamente muy reducidas, el texto del proyecto no debería tener inconvenientes para su aprobación por su contenido establece la suficiente garantía para que el arbitraje se desarrolle en Panamá de la misma forma que puede practicarse en las plazas tradicionalmente receptoras de los arbitrajes internacionales. Al igual que el Decreto ley 5/1999 y que el modelo de arbitraje de la Ley española de 2003 el proyecto es de corte continuista, en el sentido de que está basado esencialmente en una Ley Modelo destinada al arbitraje comercial internacional, aunque en varios de sus preceptos se establezcan diferencias en orden al arbitraje interno. Dicho en otros términos es una ley pensada para la arbitraje internacional que se aplica para la arbitraje interno. Es este último el gran ausente de la regulación y acaso debería plantearse que en el sistema panameño pudieran fijarse dos reglamentaciones paralelas siguiendo por ejemplo el modelo francés, una para el arbitraje interno y otra para el arbitraje internacional. Un sector importante de la práctica arbitral consolidada considera la conveniencia de una regulación diferencial entre el arbitraje internacional y el arbitraje interno pues cada uno de ellos contempla situaciones de hecho y de derecho diversas a pesar de descansar en un sustrato común. El modelo unitario por el que ha apostado el proyecto, con independencia de que contemple en ocasiones supuestos propios del arbitraje interno, puede frenar de una manera importante el desarrollo de este último al tener objetivos parcialmente diversos, y dar lugar a una estructura y una organización de los procedimientos arbitrales también sustancialmente diferenciadas. Puede afirmarse que los intereses de los operadores jurídicos panameños deseosos de ser resolver sus litigios internos a través del arbitraje debería tener un tratamiento más extenso en el proyecto.

Con las salvedades indicadas, no puede por menos de compartirse la necesidad de una puesta al día de la legislación arbitral panameña con el objeto de garantizar y suministrar a los operadores comerciales normas modernas y apropiadas que reduzcan los escollos que todavía en nuestro país afectan al desarrollo de la institución arbitral y de generar un marco

adecuado para su eficaz funcionamiento. Tanto más cuanto que son suficientemente conocidos los beneficios aportados como consecuencia de las modificaciones legales que se han producido en otros países tanto de dentro como de fuera de nuestro entorno. El proyecto parece consolidar una herramienta eficaz en la solución de controversias y en el mantenimiento del orden social de lo que Panamá está muy necesitado.

B) Las normas de arbitraje del proyecto de Ley de Derecho internacional privado

Como regla general las legislaciones de Derecho internacional privado no prestan atención al arbitraje si se exceptúa el caso de Suiza, en función de su compleja estructura federal que obligó, mucho antes de que el arbitraje interno se regularse en el Código Procesal Civil a que la Ley de Derecho internacional privado de 1987 se ocupase expresamente de esta cuestión. Incluso la legislación venezolana de Derecho internacional privado, con su marcada tendencia expansiva, excluyó el arbitraje de su ámbito de aplicación siguiendo el modelo prácticamente indiscutido, sobre todo en América Latina, de una ley especial de arbitraje. No obstante, cuando en Panamá se emprendió una codificación exhaustiva del Derecho internacional privado, en el año 2009²⁵³, el arbitraje internacional fue objeto de consideración, lo que constituye una novedad en el Derecho comparado latinoamericano. En efecto, el 27 agosto 2009 el H.D. Hernán Delgado presentó a la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional el Anteproyecto de Ley regulador de las relaciones de Derecho internacional privado. Dicho proyecto constaba de 190 artículos y su filosofía inspiradora era la protección de los intereses de los nacionales panameños, de la tolerancia y de la coexistencia de los derechos extranjeros frente a la jurisdicción nacional cuando ésta sea competente en las transacciones de tráfico jurídico externo. Con ello se intentaba llenar el vacío existente hasta enton-

²⁵³ *Vid.* toda la documentación relativa a este proceso codificador en http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SE_G_2010/PROYECTOS/2010_P_140.pdf

ces en lo relativo a la sistematización de este sector del ordenamiento jurídico que, todavía aún hoy, se encuentra disperso en diversos textos legales, lo que dificulta conocimiento no sólo para los operadores jurídicos sino para el propio juez panameño. No nos corresponde aquí entrar a valorar el contenido de esta margen la obra de codificación, que sin duda obedece al pensamiento del gran jurista panameño Gilberto Boutin. Baste decir que de llegar a buen término esta iniciativa cabría hablar en Panamá más que de una corriente bustamantina, de una corriente buotiniana en función de la influencia que ha ejercido este jurista de la construcción del Derecho internacional privado panameño.

Tan sólo nos referiremos al Capítulo II, relativo al arbitraje comercial internacional, del título séptimo intitulado Derecho comercial internacional. En dicho Capítulo (arts. 156 y 158) se procede a dar una definición de arbitraje comercial internacional de conformidad con la cual éste viene determinado cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos extranjería o de conexión, suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforman la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional. Asimismo se considerará el arbitraje es de este tipo cuando concurren algunas circunstancias especiales. A este tipo de arbitraje se les aplicará las reglas de Derecho si es de derecho mientras que el tribunal estará a su libre criterio si el arbitraje psíquicas. Hasta aquí la regulación no planteaba una disconformidad importante con los criterios del Derecho comparado. Mayores problemas suscitó el art. 158 según el cual el régimen de concesiones públicas en donde participe una empresa privada extranjera con una entidad estatal centralizada o descentralizada del Estado panameño las diferencias derivadas de dicha concesión se someterán al procedimiento de arbitraje previsto en el reglamento Uncitral; la sede del arbitraje tendrá lugar en cualquier Cámara de Comercio de Panamá cada parte designará un árbitro que podrá ser nacional o extranjero pero el árbitro dirimente deberá ser un juez del tribunal de comercio. El Derecho aplicable será el derecho administrativo panameño así como los principios y régimen de los

contratos del derecho civil aplicándose supletoriamente las reglas internacionales de Unidroit.

A continuación, tras regular el arbitraje fiscal, el anteproyecto daba una respuesta a régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Panamá.

Esta iniciativa siguió todos los trámites legislativos pertinentes dando lugar el año 2012 a un Proyecto de ley que adoptaba el Código de derecho internacional privado de la República de Panamá donde los preceptos antes citados quedaban sustituidos por los arts. 149 a 151 dentro de los 189 artículos que constituyeron la última versión del complejo proceso legislativo, disponiendo el último de sus preceptos un periodo de *vacatio legis* de seis meses.

Sin embargo, la Constitución panameña establece una particularidad importante en orden al proceso de adopción de una ley conferida por el numeral 6 del art. 183 al Presidente de la República de objetar los proyectos de ley²⁵⁴.

La oposición presidencial dirigió en primer lugar al art. 150 donde se determinaba que el tribunal arbitral aplicará reglas de Derecho sin arbitrajes de derecho y su libre criterio si es de equidad. En caso, de que el arbitraje sea internacional, se procederá de acuerdo con la cláusula arbitral pactada y a su reglamentación. Dicha relación se oponía al contenido del artículo tres del Decreto ley 5/99 que indica que en caso de que las partes no hayan expresado la modalidad del arbitraje en el contrato o de su reglamento se entenderá que el arbitraje es de equidad. La discrepancia con la norma objetada era que no preveía el supuesto en que las partes omitir sin la indicación del tipo de arbitraje. Como puede observarse se trata de una objeción de carácter técnico que no tiene sustento suficiente para echar abajo una iniciativa tan ambiciosa como una ley de derecho internacional privado.

²⁵⁴ Sobre esta singular institución *vid.* A. Wong Pimentel, “La objeción y la reforma de la Ley”, *Revista Debate*, año VI, n° 15, 2008, pp. 10–19.

Mayores problemas para el Presidente de la República suscitaba el art. 151 del proyecto de ley al señalar que en el régimen de las concesiones públicas, en el que participe una empresa privada extranjera con una entidad estatal centralizado descentralizado del Estado panameño, las diferencias derivadas de dicha concesión se someterán al procedimiento de arbitraje previsto....”. Según el presidente la norma dejaba un vacío al establecer únicamente el procedimiento de arbitraje Uncitral, para el régimen de las concesiones públicas en caso de controversia en el que participe el Estado y una empresa privada extranjera, no expresando que sucede con los otros tipos de contratos que celebren Estado panameño, que, en su opinión, debía extenderse la aplicación de esta reglamentación internacional arbitral para todos.

Precisaba asimismo el presidente que la disposición tampoco indicaba que sucedía si en el contrato de concesión pública en el que participa el Estado se hubiese pactado una cláusula arbitral que sometiese cualquier conflicto o controversia a una reglamentación distinta de lo Uncitral.

Otra impugnación se extendía al segundo párrafo del anterior precepto que, según el presidente, incluía mandatos que claramente limitaba la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual, principios rectores que rigen y gobiernan las relaciones jurídicas de carácter privado. Para el presidente la norma limitaba la posibilidad de las partes a escoger únicamente un centro arbitral reconocido dentro de la República de Panamá, desconociendo la posibilidad de que se pacte un centro de arbitraje internacional, como una de las opciones de los inversionistas extranjeros para su tranquilidad y seguridad jurídica. Como puede observarse detrás de esta objeción que proyectan claramente los intereses corporativos inherentes a determinados centros de arbitraje internacional que sin duda influyeron decisivamente en la construcción de esta objeción paralizadora de la ley panameña de Derecho internacional privado.

Aludía también el presidente al inconveniente que supondría la posibilidad que el árbitro dirimente del conflicto controversia fuese un juez del tribunal de comercio, poniendo en desventaja el equilibrio contrac-

tual al inversionista extranjero frente al Estado desnaturalizando con ello el proceso arbitral mismo llamaba la atención de la inexistencia en la legislación panameña de la denominación legal de juez de tribunal de comercio, pues no existen tales instituciones de administración de justicia. A ello añadía una objeción vinculada al derecho aplicable, que según el proyecto era el derecho administrativo panameño, así como los principios y régimen de los contratos de derecho civil, aplicándose supletoriamente las reglas internacionales de la Uncitral. Consideraba por tanto que esta disposición debía suprimirse porque corresponde a las partes exclusivamente escoger la ley aplicable y que esta disposición legal era imprecisa.

A estas objeciones añadía otra que tenía un carácter más global y que entendía que una regulación del arbitraje fiscal internacional era absolutamente improcedente dado el carácter territorial de las normas fiscales.

Por último entendía el presidente que en las causales relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros recogida en el art. 159 del proyecto no se atenían a las equivalentes del art. 41 del Decreto ley 5/99, aunque sin determinar los problemas que pudiera suscitar dicha discrepancia.

Por estas razones, y otras de carácter complementario, el presidente vetó parcialmente el proyecto de ley de derecho internacional privado, fechando al parecer el 17 abril 2002.

Ante esta situación la Comisión de gobierno, justicia y asuntos constitucionales, con fundamento en el art. 205 del reglamento orgánico de régimen interno, emitió el preceptivo informe el 6 de febrero de 2013, considerando que las objeciones formuladas por el Presidente de la República eran fundadas y, por este motivo, correspondía modificar los art. 150, 151–158 y 159 del proyecto de ley de Derecho internacional privado, recomendando al pleno de la Asamblea Nacional acoger las en toda su integridad. Y así lo hizo llegándose a un nuevo proyecto de ley en el año 2013. El nuevo texto dispuso los siguientes artículos

Art. 149. El arbitraje comercial internacional es de conformidad con este código, cuando al objeto o negocio jurídico contenga elementos extranjería o de conexión, suficientemente significativos que lo caracterizan como tal, cuando conforma la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional.

También se considerará que el arbitraje es comercial al concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si las partes en un convenio arbitral tienen como al momento de celebrar ese convenio, sus oficinas o establecimientos en estados diferentes.
2. Si el lugar del arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
3. Si en lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
4. Si el lugar con respecto al cual la controversia guarda una relación más estrecha, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
5. Si la materia objeto de arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consiste en prestaciones de servicios, enajenación disposición de bienes o transferencias de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

Art. 150. El tribunal arbitral aplicará las reglas de derechos y la arbitrajes de derecho y su libre criterios y la arbitrajes de equidad.

En caso de que el arbitraje sea comercial internacional, se procederá de acuerdo con la cláusula arbitral pactada.

Las partes podrán determinar libremente la clase de arbitraje al que someterán sus controversias y, en el caso de que no hayan expresado la modalidad del arbitraje a que se someterán, se entenderá que el arbitraje es de equidad.

Art. 151. En el régimen de concesiones públicas o en aquellas otras contrataciones en que participe una empresa privada extranjera con una entidad estatal centralizada o descentralizada del Estado panameño, las diferencias derivadas de dicha concesión o contrataciones se someterán al procedimiento de arbitraje previsto en el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas al derecho mercantil internacional, excepto en los casos en los que se haya pactado un procedimiento y una reglamentación distinta.

La sede del arbitraje será al Centro de arbitraje libremente escogido por las partes. En ausencia de su determinación, el arbitraje tendrá lugar en cualquier centro de arbitraje o de solución de conflictos reconocido dentro de la República

de Panamá. El tribunal arbitral será colegiado, cada parte designará un árbitro que podrá ser nacional o extranjero y éstos escogerán al tercer árbitro. El derecho aplicable será que determinen las partes en el acuerdo arbitral o pacto arbitral

Como puede observarse el proyecto registró una modificación sustancial en el sentido de las observaciones realizadas por el presidente. Pero dicha modificación no fue en modo uno reconocida por el presidente, que el 15 abril 2013 mantuvo el criterio vertido en su nota de 17 de abril de 2012. Con ello la historia de la reforma del Derecho internacional privado panameño sufrió la misma paralización que la reforma de del Decreto ley 5/99. No obstante, en el caso que acaba de examinarse, llama la atención que el Presidente se limite a reiterar su oposición sin establecer argumento alguno que la justifique.

III. Problemas generales y particulares del convenio arbitral

1. Contenido y efectos

El Derecho panameño, al igual que la generalidad de las legislaciones del mundo, considera que postulado esencial de la institución arbitral es la autonomía de la voluntad. Semejante autonomía es la pieza maestra en la que se inserta la referida institución²⁵⁵. Corresponde a las partes establecer los mecanismos de los que dispondrá el árbitro para realizar su cometido y llegar a su resolución decisoria en forma de laudo, qué normas que debe aplicar para llevar a cabo el procedimiento, y que normas deben regir el fondo de la controversia cuando el arbitraje

²⁵⁵ Como apunta el ilustre tratadista panameño G. Boutin, “La regla de oro dentro del foro arbitral internacional así como el local, radica como ya antes lo señalamos en la autonomía de la voluntad de las partes. No puede existir arbitraje sin autonomía de la voluntad de las partes, puesto que el arbitraje es esencialmente consensual y voluntarista con una capa de formalidad *ad-probationem* puesto que el arbitraje no se presume. Tiene que fundarse en una voluntad expresa que permita deducir del comportamiento o del valor documentario la verdadera necesidad del arbitraje” (cf. G. Boutin, *Del arbitraje comercial*, ed. Mizrachi & Pujol, S.A., 2001).

no sea en²⁵⁶. La esencia misma del arbitraje es el convenio arbitral que, asimismo, es el fundamento que justifica la exclusión de la intervención del juez perteneciente a la justicia estatal²⁵⁷, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial²⁵⁸.

²⁵⁶ En este supuesto el “árbitro, al decidir según su leal saber y entender, puede perfectamente incorporar a su decisión la invocación de normas jurídicas que, a su juicio, representan o materializan su concepción de lo que es justo y equitativo desde el punto de vista del sentido común”, cf. S. Sánchez Lorenzo, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, vol LXI, 2009, p. 40. Vid. C.E. de Vasconcelos, “Problemas da Arbitragem por Equidade”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 9, 2006, pp. 40–60; E. López Moreno, “El arbitraje de equidad en el Derecho panameño”, *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 395–422; E. Gamboa Morales, *El arbitraje en equidad*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003.

²⁵⁷ El convenio arbitral constituye un contrato formal que precisa formalizarse por escrito para su validez, por lo que no es factible la existencia de un convenio arbitral oral. Ahora bien, la forma escrita, no requiere unidad de acto con el contrato principal, puede ser pactado en el mismo acto pero en distinto documento y puede incluso ser pactado con posterioridad en el mismo documento o en otro separado. Vid., por todos, en P. Perales Viscasillas, “¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la Cnudmi/Uncitral”, *Derecho de los Negocios*, n°197, 2007, pp. 5–18. Constituye el objeto del convenio arbitral una cuestión litigiosa actual o que pueda surgir entre las partes en materias de su libre disposición. La controversia cuya resolución se recomienda a los árbitros debe revestir carácter jurídico, esto es, la función de los árbitros debe trascender de un plano técnico o dirimente y abarcar una decisión sobre la atribución de derechos subjetivos a las partes contendientes, no se trata de un tercero que haga las funciones de un perito dirimente, sino de una persona que defina derechos. No es menester que la disputa esté específicamente determinada para la constitución del convenio arbitral, pero, si es determinante que la cuestión litigiosa deba afectar a una materia sobre la que las partes tengan libre disposición conforme a Derecho.

²⁵⁸ Vid., por todos, J.D. González Campos, “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, 1975, pp.3–52; E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, S.L., 1997; J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”, *Tratado de Derecho arbitral*, Bogotá, Colección Estudios, t. I. El convenio arbitral (2). Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 745–786; J.C. Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697–725; id., *Tratado de Arbitraje en América Latina*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 420 ss.

El convenio arbitral presenta dos efectos característicos, uno positivo, cual es su obligación de someter el conflicto surgido en el marco de la relación jurídica en que el arbitraje se pactó a la decisión del árbitro o árbitros previstos, de suerte que para quienes lo pactaron el arbitraje resulta obligatorio salvo que mediante nuevo convenio renuncien a él o se produzca una sumisión tácita a la jurisdicción ordinaria a la que luego se aludirá; y otro negativo, cual es el excluir el conocimiento y resolución del conflicto por los tribunales ordinarios, que responde a la naturaleza misma de la institución²⁵⁹ y que en modo alguno puede entenderse que afecte al derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución panameña, pues en definitiva esa exclusión de la resolución del conflicto por la Jurisdicción nace de la propia voluntad de las partes en ejercicio de su propia autonomía y conforme a las previsiones legales, conservando en todo caso ese derecho constitucional a fin de someter a los tribunales la legalidad del laudo arbitral mediante el procedimiento de impugnación legalmente previsto.

El principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales. Interpretarlo como cuestión exclusiva del Derecho privado implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados la Constitución panameña. Por medio del convenio arbitral las partes realizan un negocio jurídico en virtud del cual expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, presentes o futuras, o de algunas de ellas, respecto de una determinada relación jurídica. Se trata de un pacto de naturaleza contractual, bilateral, como regla general, y de contenido procesal, siendo su finalidad inmediata excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia, y su finalidad mediata, obtener la resolución de esa controversia, con los mismos efectos que una sentencia firme, esto es, cosa juzgada y

²⁵⁹ B. Cremades, “Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. de Martín y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 283.

ejecutoriedad. Al configurarse como un contrato, el convenio arbitral ha de reunir los elementos constitutivos del mismo, esto es, precisa consentimiento y objeto cierto del arbitraje, que la materia sea susceptible de arbitraje, así como el cumplimiento de una serie de requisitos formales que el Decreto ley 5/99 determina. Por descontado, la buena fe como principio general constituye una regla de conducta a la que han de ajustarse las partes en sus respectivas relaciones jurídicas, y deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas²⁶⁰.

En efecto, el Decreto ley 5/99 se refiere al convenio arbitral o acuerdo, en los arts. 7, 8, 9, 10, 11 y de ellos se desprende que este puede consistir en un acuerdo independiente y separado del contrato principal, una declaración unilateral de someterse a arbitraje seguida de una adhesión de la otra parte, o consistir en una cláusula arbitral inserta en el contrato principal, que parece ser fue lo que pactaron las partes originalmente en el contrato. La referida diferenciación supone que mientras las causas de nulidad que se invoquen se refieran al convenio principal al que se haya incorporado el pacto arbitral como accesorio, sin razón especial para que trasciendan a éste, no tendrán respecto a él ningún efecto; y ello a su vez supone que al quedar excluida *a priori* la nulidad del pacto arbitral será precisamente el árbitro el competente para resolver sobre la validez o nulidad del convenio principal, como cuestión de prioridad lógica a cualquier otra pretensión de las partes y sólo en casos muy excepcionales exenta de la competencia arbitral.

Suele definirse el convenio arbitral como el medio mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan o que pudiesen surgir entre ellas, de una relación jurídica contractual o no (art. 7 del Decreto Ley 5/99). Y se entiende por tal la manifestación de las partes de resolver las controversias mediante la institución del arbitraje. De ello se deriva, que las controversias que vayan a someterse a arbitra-

²⁶⁰ B.M. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 13–36.

je tienen que ser producto de la manifestación expresa o implícita de partes directamente en conflicto y que no se discuta que el acuerdo arbitral tiene una naturaleza convencional, principio sobre el cual descansa nuestra legislación²⁶¹.

El convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incluida en el contrato, de acuerdo independiente o de declaración unilateral seguida de adhesión de la(s) otra(s). Bien entendido, se reconoce la autonomía del convenio, de suerte que el mismo subsiste aun si el contrato es declarado nulo, dentro de lo que se denomina principio de separabilidad respecto del contrato principal. El convenio deberá hacerse siempre por escrito, entendiéndose que se ha formalizado si se acredita mediante documento intercambiado entre las partes (sea el intercambio por fax, télex, correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación) su voluntad inequívoca de acudir a arbitraje. Sobre este particular hemos de indicar que esto representa un avance hacia la simplificación característica del Decreto ley 5/99 con respecto a la legislación del Código Judicial, que exigía que el mismo constare mediante escritura pública, documento privado o acta judicial.

Cabe insistir en que aquí encontramos otro avance de la nueva legislación con respecto al Código Judicial que permitía a las partes que, habiendo pactado un convenio arbitral recurriesen a la jurisdicción ordinaria a dar eficacia al convenio arbitral. Esto representaba un atraso en la consecución del procedimiento arbitral al remitir a los tribunales ordinarios asuntos tan vitales como éste. En cuanto a los efectos procesales que tiene el convenio arbitral cabe comentar sobre la inhibición que han de declarar los tribunales ordinarios de conocer pretensiones relacionadas con un arbitraje pactado, en concordancia con los Tratados Internacionales que regulan el arbitraje. El Decreto ley 5/99 ordena al Juez ordinario a rechazar la demanda y reenviar de inmediato a las partes al arbitraje. Aun cuando se plantease controversia por esta causa, las actua-

²⁶¹ D.A. Castañedas López, “La cláusula arbitral: aspecto a considerar para que la misma sea eficaz...”, *Foro jurídico iberoamericano*, <http://www.forjib.org/la-clausula-arbitral>.

ciones arbitrales proseguirán. Lo mismo ordena en caso de que la controversia haya de ser decidida por un ente estatal, municipal o provincial. Lo que persigue el Decreto ley 5/99 es el conocimiento único de los procesos donde se haya pactado el arbitraje como medio de solución de conflictos. A partir de aquí, el convenio arbitral:

i) Configura el sustrato procedimental para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo de la sentencia arbitral, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa de lo establecido en el laudo.

ii) Determina, a partir de su redacción las particularidades del procedimiento deseado por las partes, sentando las bases del procedimiento arbitral, como alternativa de las partes a la solución de los litigios que entre ellas pudiesen surgir, distinta de la solución judicial²⁶².

iii) Integra la relación contractual de las partes, proporcionando estabilidad y garantizando un método especializado y rápido de resolución de aquellas controversias que pudiesen surgir en relación con el contrato.

iv) Puede referirse a aquellas controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, pudiendo las partes delimitar en el convenio arbitral la categoría de controversias que van a someter a la decisión de los árbitros, sean o no de naturaleza contractual. El convenio arbitral puede hacer relación a controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales. Las partes pueden muy bien establecer en el tipo de conflictos que se va a someter a los árbitros, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

²⁶² J.M. Deleuze, “La rédaction des clauses compromissoires dans les contrats commerciaux internationaux”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 83–102.

v) Puede concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo.

El art. 11 del Decreto ley 5/99, preceptúa que el convenio o acuerdo arbitral produce dos efectos, uno sustantivo y otro procesal. En torno al primero, las partes se obligan a respetar y cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando efectivamente para el correcto desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. En el efecto procesal, los tribunales de la jurisdicción ordinaria están en la obligación de declinar competencia a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y remitir el expediente al tribunal arbitral, quien tendrá la competencia para juzgar acerca de su propia competencia en la forma contemplada en el decreto ley y sobre los recursos contra el laudo.

La institución arbitral desde la óptica del Decreto ley 5/99, se caracteriza fundamentalmente, en que se basa en la autonomía de las partes de poder crear sus propias reglas y pautas para un proceso arbitral a la medida de su conflicto, sin seguir las reglas dictadas por las leyes (arbitraje independiente) o simplemente acogerse a las pautas y normas dictadas por una institución especializada, con experiencia y prestigio, llamado centro de arbitraje para que le resuelva el conflicto que se ha presentado. Lo anterior hace pensar, que con estas innovaciones arbitrales, el legislador panameño ha comenzado afianzar y a reconocer la gran importancia que la institución arbitral posee, a pesar de todas las imprecisiones y contradicciones que existe en la Ley arbitral, y que ya antes se ha hecho mención.

Sin embargo, consciente como se está, que la base primordial del nacimiento de la institución arbitral está en la voluntad de las partes, igualmente se considera, que todo lo relacionado con “las normas procedimiento” es materia de orden público, tal como lo tiene establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia, y pareciera que en la Ley arbitral el legislador ha dado demasiado margen de discrecionalidad a las partes deseosas de un proceso arbitral, al punto de que ellas podrán según la nueva normativa arbitral, establecer sus propias reglas de proce-

dimiento, incluyéndose constitución del tribunal arbitral, lugar, idioma, plazos, pruebas, y hasta otorgamiento de la facultad cautelar a los árbitros, entre otras cosas.

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Pleno) de Justicia de 6 de julio de 2009 afirma al respecto que

“... tratándose del convenio arbitral, lo fundamental resulta que no quede dudas sobre la real libre y expresa voluntad de las partes de someter el conflicto a este mecanismo de solución de controversias. Los demás detalles como la forma de designación de los árbitros y las reglas del procedimiento arbitral, pueden ser confiadas a un tercero, o como acontece en la legislación panameña, la ley puede disponer sobre tales extremos.

Por consiguiente, si las partes han convenido en lo medular, someter a arbitraje el conflicto presente o futuro, la ley viene a ordenar y facilitar que dicha voluntad se haga efectiva, y que frente a varias posibles autoridades de designación, y en el evento que las partes no hayan acordado nada al respecto, la que primero reciba la solicitud de arbitraje, previene la competencia frente a otras, para llevar a cabo la fase pre-arbitral”²⁶³.

La prohibición de recurrir a la solución jurisdiccional del conflicto, cuando se ha pactado la solución de las eventuales diferencias a través de árbitros, prescribe que no se pueda aceptar la reclamación deducida en sede judicial, siempre que ya se hubiere iniciado el procedimiento arbitral o siempre que ya fuere dictado el laudo, dejando a salvo en este último caso, el eventual ejercicio de un recurso de anulación. En el momento en que consta un acuerdo válido de arbitraje y una parte presenta una demanda ante la jurisdicción ordinaria, la otra parte puede pedir que se transfiera la controversia al tribunal de arbitraje en un breve periodo de tiempo o continuar con las actuaciones arbitrales si éstas ya se han iniciado²⁶⁴. Como pusiera de relieve la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Pleno) de Justicia de 6 de julio de 2009

“El convenio arbitral es la piedra angular de la institución arbitral, pues a través de éste se desarrolla el principio de autonomía de la voluntad de las par-

²⁶³ Gaceta Oficial Digital, martes 6 de abril de 2010.

²⁶⁴ F. Bachand, “Does article 8 of the Model Law call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?”, *Arb. Int’l*, vol. 22, n° 3, 2006, pp. 463–476.

tes, quienes le otorgan competencia a los árbitros para que, además de resolver el conflicto, puedan examinar su propia competencia y suplir el procedimiento convenido. Es sobre estas bases que el arbitraje ha tenido desarrollo a nivel mundial, convirtiéndose en una alternativa a la justicia estatal (pero no exenta de su control), con sus especificidades, reglas y principios, de cuya observancia depende su efectividad”²⁶⁵.

No obstante la jurisprudencia al aplicar este precepto (u otro similar incorporado a las legislaciones que han adoptado la LMU) considera que debe ser interpretado de manera restrictiva²⁶⁶ primando, en todo caso, una presunción a favor del arbitraje. La regla de base es que la cláusula compromisoria que esté en contradicción con una cláusula atributiva de jurisdicción no priva al árbitro de su competencia²⁶⁷. Un ejemplo de un doble proceso judicial y arbitral reproduce a la perfección la cuestión que aquí se plantea²⁶⁸.

2. Separabilidad del contrato principal

A) Planteamiento de la cuestión

Es muy frecuente en la práctica arbitral que el demandado en un proceso ante árbitros asevere que el contrato que incluye la cláusula arbitral es nulo y, a partir de esta nulidad, sería también nula la referida cláusula. Si se aceptase semejante razonamiento la consecuencia sería absolutamente funesta para la institución misma ya que implicaría la posibilidad de que la parte renuente evadiera acudir al arbitraje y la necesidad de que el demandante instase a los tribunales ordinarios para confirmar la validez del contrato, involucrándolos en la determinación del fondo de una controversia arbitral²⁶⁹. La acción del denominado “principio de se-

²⁶⁵ Gaceta Oficial Digital, martes 6 de abril de 2010.

²⁶⁶ *Federal Court of Canada, Trial Division*, 17 de enero de 1989 (*Navionics Inc. / Flota Marítima Mexicana, S.A.*).

²⁶⁷ En la jurisprudencia francesa es expresiva la sentencia de la *Cour de cassation*, 2^{ème} Ch. civ., 18 de diciembre de 2003 (*SCI la Chartreuse et autre / C.*).

²⁶⁸ Vid. sobre este asunto J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008, n° 469.

²⁶⁹ M. Jalili, “Kompetenz–Kompetenz. Recent Us and UK Developments”, *J. Int’l Arb.*, vol. 13, n° 4, 1996, pp. 169 ss.

parabilidad” implica que el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas²⁷⁰ y tiene una razón lógica. En efecto, resultarían superfluas muchas causales de anulación si, en el examen del convenio arbitral, hubiera que atender y repercutir las anomalías o vicios denunciados en el laudo respecto de la cuestión sometida a arbitraje o respecto de la forma en que se ha desarrollado el arbitraje hasta pronunciarse dicho laudo. Dicho en otros términos, el decir el convenio arbitral sigue siendo válido y el árbitro no pierde su competencia para resolver la controversia entre las partes contratantes, no obstante la nulidad del contrato en que se inserta la cláusula arbitral. Implica pues la separabilidad del convenio arbitral que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral²⁷¹.

La doctrina hasta ahora expuesta, que da lugar a otro de los dogmas mayormente aceptados en el arbitraje coincide actualmente en que el acuerdo arbitral goza de cierta autonomía respecto del contrato principal en el que se inserta, a raíz de lo cual sufre las vicisitudes propias de aquel. De esta manera, la eficacia del arbitraje no se vería afectada por aquellas causales en virtud de las cuales pueda controvertirse la validez del contrato. Se ha dicho, para ilustrar este planteamiento, que la cláusula compromisoria no es una mera cláusula accesorio de aquél, sino que se comporta como un verdadero contrato dentro de otro contrato más amplio²⁷². Como consecuencia de esto y entroncado al principio de competencia–competencia, los árbitros tienen autoridad no solo para

²⁷⁰ R.J. Caivano, “La separabilidad de la cláusula arbitral”, *La Ley; Uruguay*, n° 12, 2011, pp. 1643–1672.

²⁷¹ F.E. Klein, “Du caractère autonome de la clause compromissoire, netamment en matière d’arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449–552; P. Mayer, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb*, 1998, pp. 359–268 ; P.A.B. Martins, “Autonomia da cláusula compromissoria”, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 2, 2003, pp. 71–83.

²⁷² R.J. Caivano, *Arbitraje*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad–Hoc.S.R. L., 2000, p. 160.

determinar su propia competencia sino además la validez o existencia del contrato²⁷³.

El principio que estamos examinando responde al interrogante de si un tribunal de arbitraje está facultado para resolver el fondo de la disputa cuando alguna de las partes alega la nulidad del negocio jurídico principal que le sirve de soporte o el cual contiene el pacto arbitral. A partir de aquí, la construcción que avala la separación del pacto arbitral frente al contrato principal permite resolver dicho interrogante de forma afirmativa. En efecto, la doctrina de la autonomía del pacto arbitral es una ficción jurídica que pretende distinguir los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que experimente el acuerdo arbitral, lo que le faculta al tribunal arbitral a resolver el fondo del asunto.

La autonomía del convenio arbitral está reconocida con carácter general en la mayor parte de las normativas de arbitraje a partir de lo dispuesto en la LMU en el sentido de que “la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato” (art. 16.1°); de esta suerte, no será factible impugnar la validez del acuerdo de arbitraje con fundamento en que el contrato principal no es válido o de que el acuerdo de arbitraje se refiere a una controversia que aún no ha surgido. Como puede observar la construcción favorece el cauce arbitral al aseverar que este procedimiento sea siempre el método de solución, con independencia de las circunstancias que afecten al contrato en el que se inserta la cláusula arbitral. Consecuentemente, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria²⁷⁴.

²⁷³ Cf. R. Rubio Guerrero, “El principio Competence–Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, n° 4, 2010/2011, pp. 101–118.

²⁷⁴ P. Mayer, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”. *Rev. arb.*, 1998, pp.

359–268; M. Virgós Soriano, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría–Menéndez*, n° 14, 2006, pp. 13–28.

Esa diferenciación supone que mientras las causas de nulidad que se invoquen se refieran al convenio principal al que se haya incorporado el pacto arbitral como accesorio, sin razón especial para que trasciendan a éste, no tendrán respecto a él ningún efecto; y ello a su vez supone que al quedar excluida *a priori* la nulidad del pacto arbitral será precisamente el árbitro el competente para resolver sobre la validez o nulidad del convenio principal, como cuestión de prioridad lógica a cualquier otra pretensión de las partes y sólo en casos muy excepcionales exenta de la competencia arbitral.

Semejante planteamiento ha sido puntualmente recogido en la legislación panameña aclarando que la nulidad del contrato principal no acarrea necesariamente la nulidad del compromiso o acuerdo arbitral. En este sentido la parte final del último párrafo del art. 11 del Decreto Ley No.5 de 1999, señala que “Se entiende la separación del contrato principal y del convenio arbitral a él incorporado, de forma que, en su caso, la nulidad de aquél no comportará necesariamente la de este último.”. De igual forma, el Decreto Ley en su art. 17.3° indica que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar la existencia o validez del convenio arbitral.

B) Examen de la práctica

Bajo la vigencia de la anterior versión del art. 36 del Decreto ley 5/99 es especialmente relevante en esta materia la Sentencia de la CSJ de 5 de mayo de 2003²⁷⁵; que se pronunció sobre un laudo arbitral de 31 de octubre de 2002 que condenó a la parte demandada *Banco Disa S.A.* a pagar a la demandante, *Curacao Eximport Enterprises* la suma de diez millones de dólares como consecuencia de la resolución del contrato de administración de cartera celebrado entre ambas partes. *Banco Disa S.A.* interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral alegando que durante el proceso arbitral *Banco Disa S.A.* había entrado en un proceso de liquidación e intervención forzosa y que, en consecuencia, los bienes o

²⁷⁵ Ponente José A. Troyano; con salvamento de voto del Magistrado Adán Arnulfo Arjona (Exp. 1002-02).

intereses del banco no eran de libre disposición del liquidador. La sentencia de la Corte insistió que se trataba de un arbitraje internacional y que el procedimiento había sido administrado de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. De acuerdo a dicho Reglamento las partes habían acordado la renuncia al recurso de anulación. En esa época no se había aún declarado la inconstitucionalidad del art. 36 del Decreto Ley por lo que la Corte sostuvo que tal renuncia era válida y, por tanto, denegó el recurso de anulación sin entrar en el mérito del asunto. A propósito de ello el Magistrado Arjona señaló en su salvamento de voto que las circunstancias que rodeaban este caso eran muy peculiares y dignas de cuestionamiento. El Magistrado Arjona entendió que el laudo debió ser anulado por violación al orden público considerando, además, que el laudo no era internacional sino interno y, por lo tanto, no había cabida a la renuncia del recurso de anulación. El salvamento de voto indica que es difícil entender la decisión del Tribunal arbitral de condenar al Banco a pesar de que la Superintendencia de Bancos había decretado la liquidación administrativa forzosa. La decisión de los árbitros tenía necesariamente consecuencias patrimoniales para la distribución y pago de los acreedores y depositantes de dicha entidad bancaria. No obstante lo anterior, la Corte, por mayoría, prefiere no entrar a analizar estos aspectos considerando, como lo ha hecho ya la misma Corte en reiteradas ocasiones, que la Sala Cuarta de Negocios Generales no es un Tribunal de apelaciones. El fallo indica que:

“... la Sala ... considera prudente aclarar que las causales de anulación del laudo arbitral son taxativas y no admiten generalidades y mucho menos puede ser utilizado este recurso para atender asuntos procesales que debieron ser debatidos en el proceso arbitral propiamente y no en esta esfera jurisdiccional ya que ello equivaldría a convertir a la Sala en Tribunal de Segunda Instancia”.

Existen importantes consideraciones en torno al principio de la autonomía del convenio arbitral como pone de relieve la Sentencia CSJ 16 de diciembre de 2005 (*Isthmus Crossing Services, Inc. / Compañía del*

Ferrocarril Transístmico, Panama Canal Railway Company)²⁷⁶ cuyo origen fue un laudo arbitral dictado en Nueva York dentro del proceso arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de conformidad con su Reglamento. La parte perdedora se opuso al cumplimiento del laudo alegando que el mismo era contrario al orden público nacional puesto que el contrato de subarrendamiento que contenía el convenio arbitral era nulo por carecer de requisitos para su eficacia. La Corte declaró ejecutable el laudo al reconocer el principio de autonomía de la cláusula arbitral al señalar que existe una independencia natural y legal del compromiso arbitral entre las partes, ya que es un contrato por sí mismo siempre que cumpla con los requisitos esenciales para su formación y validez al tenor de lo establecido por la ley, puede ser pactado antes, durante o después de celebrado un contrato o convenio entre las partes, lo que da lugar a que existencia no dependa uno del otro.

Dicho planteamiento, generalizado en los sistemas de arbitraje modernos ha sido confirmado por la CSJ en el asunto *Fundación Raznher* con el siguiente expeditivo planteamiento: “A manera de explicación la cláusula arbitral o convenio arbitral goza de autonomía e independencia de la relación sustancial, autonomía que hace que conserve su eficacia jurídica, independientemente que el contrato que lo origine sea inexistente”²⁷⁷.

Pero sin duda el mejor precedente en la materia es el que aporta el asunto *Telecarrier Inc.* En él la recurrente sostenía que, en el momento que se instauró el proceso arbitral, el contrato de servicio en el que se incluía la cláusula no tenía vigencia, había vencido el vínculo contractual y no hubo consentimiento entre las partes para renovarlo. Consecuentemente, a falta de efectividad y de vigencia jurídica del contrato, el convenio arbitral inserto debía correr la misma suerte, por lo que consi-

²⁷⁶ Ponente José A. Troyano, Exp. 482–05.

²⁷⁷ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de marzo de 2009 (*Fundación Raznher y otros contra Banco Atlántico Panamá, S.A., ahora Banco General, S.A.*).

deran que el laudo arbitral es nulo. La CSJ, en correcta aplicación de las disposiciones legales reguladoras de la materia, rechazó semejante planteamiento, aprovechando para sentar una completa doctrina sobre el alcance de la separabilidad de la cláusula arbitral respecto del contrato principal.

“Tomando en cuenta la causal invocada, es bueno precisar que dentro del arbitraje existen dos convenios o contratos. Primero: el contrato principal, que es la obligación que adquieren las partes frente a terceros con el fin de dar, hacer o no hacer alguna cosa; Segundo: el convenio arbitral, que es la cláusula o compromiso arbitral, adscrita al contrato o suscrita posterior a éste, donde las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto entre ellas, en razón del contrato celebrado.

Esta causal se refiere propiamente a la nulidad absoluta y relativa de los actos o contratos conforme lo contempla el Código Civil panameño.

El art. 1141 del Código Civil, indica que hay nulidad absoluta en un acto o contrato cuando: ‘falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia; cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de personas que en ellos intervienen.’.

El art. 1.142 *lex cit.* señala que la nulidad relativa de un acto o contrato se da cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular; cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige; o cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.

El art. 34 del Decreto Ley 5 de 1999 hace referencia a la nulidad del “Convenio Arbitral”, no así del contrato principal suscrito por las partes, lo cierto es que la recurrente al momento de plantear el recurso de anulación indica, que la Cláusula Arbitral inserta en el Contrato de Servicio está viciada, porque el contrato había finalizado y no había acuerdo entre las partes para prorrogarlo. Al estudiar los hechos que se alegan vemos que no guardan relación con la causal de anulación contemplada en el Decreto Ley citado, ya que se alude a la supuesta “no vigencia” del Contrato Principal. [...]

Esta cláusula compromisoria que forma parte del contrato, es un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato propiamente tal; pues en caso que, el Tribunal Arbitral declarase nulo un contrato, dicha actuación no acarrea la extinción de la cláusula compromisoria.

Por otro lado, nuestro Código Civil define claramente un contrato o convenio en su art. 1105 y ss; la cláusula compromisoria del presente contrato reúne claramente las características establecidas por nuestra legislación. Al revisar los

requisitos esenciales para su validez, encontramos que éstos concurren en el compromiso arbitral, 1. el consentimiento de los contratantes; 2. objeto cierto de la materia del contrato; y, 3. causa de la obligación que se establece, tal cual lo exige el art. 1112 de la norma citada *ut-supra*²⁷⁸.

C) La eficacia negativa del convenio arbitral en el asunto *CCT contra FCC*

El 30 de septiembre de 1998, CCT, sociedad mercantil con sede social en Panamá presenta demanda contra FCC, domiciliada en España. La demanda traía causa en un contrato de construcción celebrado entre las partes y regido por las *FIDIC Conditions* sobre contratación de ingeniería civil; las referidas condiciones prevén en su cláusula 67 la solución de controversias entre las partes mediante un método combinado de *référé pre-arbitral* obligatorio, que se sustancia ante el ingeniero y un segundo paso, puramente arbitral, para los supuestos en que la intervención del ingeniero no haya logrado dirimir la controversia²⁷⁹. Sin embargo, el desarrollo lineal de los acontecimientos previos al arbitraje, en este caso, se vio envuelto por una frenética actividad judicial iniciada por ambas partes ante los tribunales panameños. El inicio de sendos procedimientos cautelares o precautorios por ambas partes, provocó la interposición de las respectivas demandas de fondo, ambas relativas al objeto del convenio arbitral pactado²⁸⁰. Desde ese momento, el asunto se desdobra en dos líneas paralelas que siguieron su propio curso: por un lado, la vía judicial abierta comenzó su sustanciación procesal y, por otro, la arbitral (CCI), con sede en Ginebra, se enfrentó a la excepción de incompetencia arbitral presentada por la demandada, FCC. Básica-

²⁷⁸ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 26 de agosto de 2009 (*Telecarrier Inc. contra Interdotnet Inc.*).

²⁷⁹ Acerca del carácter y extensión de la intervención del ingeniero en esta fase pre-arbitral, *vid.* por todos Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.* pp. 20–21.

²⁸⁰ En efecto, el 12 de marzo de 1998, FCC demanda a CCT ante el Juez Cuarto de Circuito de Panamá; por su parte, CCT presenta demanda el 17 del mismo mes contra FCC ante el Juez Cuarto.

mente, y a los efectos que ahora importan, la discusión judicial se centró en una cuestión plenamente procesal: la correcta interposición, por parte de CCT, ante el juez Cuarto de Circuito de la excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral. Como supuesto adjetivo, la ley rectora de su solución era exclusivamente la panameña, pues sólo ella podía determinar los plazos para el planteamiento de la excepción. Mientras el arbitraje seguía su curso, los tribunales panameños, en una primera vía de recurso, decidieron que la presentación de la excepción por CCT no era extemporánea²⁸¹ y, por lo tanto, se declaró la nulidad de todo lo actuado ante el Juez Cuarto. Pero aún así la legislación panameña, siempre aplicable al supuesto procesal, permitía recurso ante la Corte Suprema de Justicia en estos casos y la sentencia recaída en esta instancia resolvió con carácter firme el incidente de nulidad promovido por FCC²⁸², declarando la índole extemporánea de la interposición de la excepción y, en consecuencia, la remisión del asunto al Juez Cuarto de Circuito. Es decir, casi tres años después de la interposición de la demanda, los tribunales panameños se declaran por fin competentes y sólo por una razón: sin entrar a valorar la validez del convenio arbitral, ni la puesta en marcha de la cláusula 67 FIDIC, consideró que el efecto negativo del convenio arbitral, vertiente procesal, fue defectuoso. Y lo fue, sencillamente, porque su sustanciación no se produjo en el plazo exigido por la legislación procesal panameña.

Mas al tiempo que sucedían estas cosas, el tribunal arbitral se declaraba competente, validando la eficacia positiva del convenio arbitral, de acuerdo con las normas FIDIC²⁸³. Ciertamente, el procedimiento arbitral no tenía por qué verse influenciado por las normas procesales panameñas sobre la competencia judicial de sus tribunales y los medios de im-

²⁸¹ Resolución del Primer Tribunal Superior de Justicia de 23 de febrero de 1999, revocando el Auto del Juez Cuarto n° 1796, de 26 de junio de 1998, que había decidido su competencia judicial sobre el asunto, por planteamiento fuera de plazo de la excepción de incompetencia.

²⁸² Sentencia de la Corte Suprema de 22 de enero de 2001.

²⁸³ Laudo interlocutorio de 30 de noviembre de 2000, adoptado por mayoría de los árbitros, con un voto particular oponiéndose a la declaración de competencia.

pugnarla. Como arbitraje con sede en Ginebra, sólo los tribunales suizos tenían competencia de control sobre el laudo recaído. Y si se trae el asunto a colación aquí es por lo siguiente: mientras los tribunales panameños se declaraban competentes sobre el asunto, el laudo arbitral era recurrido ante el Tribunal Federal suizo. Dos jurisdicciones nacionales enjuiciaron simultáneamente el asunto desde diferentes perspectivas. Por una parte, los tribunales panameños valoraron su eficacia negativa, puramente procesal y, por otra, los tribunales suizos enjuician la eficacia positiva, esto es, si la creación de competencia arbitral fue correcta. El 17 de mayo de 2001, el Tribunal Federal suizo decidía la nulidad del laudo arbitral de 30 de noviembre de 2000 y la consecuente incompetencia del tribunal arbitral sobre el asunto.

Como se aprecia en el caso reseñado, es la eficacia negativa del convenio arbitral la que provoca la exclusión de la intervención de los tribunales estatales para entender del mismo tema que ha sido sometido a arbitraje²⁸⁴. Ahora bien, frente a la crítica que suscitó la decisión del Tribunal Federal Suizo, es de señalar que el fundamento de su decisión no fue tanto la falta de aplicación por los árbitros del principio de litispendencia, como la sumisión tácita y previa de las partes a la jurisdicción de los tribunales panameños. Las partes no pusieron en marcha el arbitraje conforme al contrato, sino que acudieron a la jurisdicción panameña iniciando un proceso sobre el fondo del asunto, realizando actos procesales suficientemente relevantes, respecto de los cuales el Tribunal Federal Suizo no tuvo duda alguna que constituían un sometimiento tácito a los órganos jurisdiccionales de la República de Panamá, renunciando al arbitraje que en su día pactaron en el contrato.

Los aspectos más espinosos de la anulación del laudo por el Tribunal Federal Suizo se encuentran en los razonamientos jurídicos que llevaron al tribunal a anular el laudo, al considerar que el principio de litispendencia, aplicable entre órganos jurisdiccionales del Estado, resultaba también de aplicación al arbitraje entre FCC y CCT. La imposibilidad

²⁸⁴ Vid. sobre este asunto J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial*, op. cit., n° 469.

del desarrollo del procedimiento arbitral y la falta de jurisdicción de los árbitros no radicaba en la pendencia del litigio ante los tribunales panameños, sino en la falta de jurisdicción de los árbitros por novación de la cláusula de elección foro, fruto de la iniciación y participación de ambas partes en el proceso judicial de Panamá²⁸⁵.

En proceso estaba muy lejos de concluir en Panamá. Debemos referirnos a la Sentencia de segunda instancia de 18 de octubre de 2005, dictada por el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial que fue recurrida por Colon Container Terminal y, con posterioridad a la Sentencia de la CSJ, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 2011 dentro del Proceso Ordinario interpuesto por CCT, que aprobó una transacción efectuada por las partes²⁸⁶.

No existen disposiciones que obliguen a elegir determinado tipo de reglas para el arbitraje; al efecto, el art. 25 señala que el tribunal arbitral aplicará las reglas de Derecho si el arbitraje es de Derecho y su libre criterio si el arbitraje es de equidad. En caso de que el arbitraje sea comercial internacional, se procederá en la forma que prevista en el art. 43 y, en todo caso, se tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles que se consideren de aplicación. Por último los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá con arreglo a los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su de-

²⁸⁵ La decisión del Tribunal Federal en el caso *CCT/FCC* trajo como consecuencia la enmienda por parte del legislador suizo del Capítulo XII del CFDIP, aprobándose un nuevo art. 186 (1bis) que reconoce la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia jurisdicción, no obstante la existencia de un proceso judicial pendiente por el mismo asunto, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado o ante otro tribunal arbitral, a menos que existan razones serias para aplazar el procedimiento. La enmienda, en vigor el 1 de marzo de 2007, permite a un tribunal arbitral suizo continuar con el procedimiento, sin suspenderlo, cuando así lo crea conforme a un convenio arbitral válido, a pesar de que exista un litigio previo sobre la misma causa y entre las mismas partes, reconociendo así el legislador la supremacía del principio arbitral de *Kompetenz-Kompetenz* frente al procesal de litispendencia. Vid. E. Gaillard, "Switzerland says Lis Pendens not Applicable to Arbitration", *New York L. J.*, 7 de agosto de 2006.

²⁸⁶ *Registro Judicial*, abril 2011, pp. 264–267.

fecto, por lo previsto en el Capítulo VI referente al reconocimiento y ejecución de laudos.

Como veremos, tras una decisión de la Corte Suprema de Justicia, la Ley n° 15 de 22 de mayo de 2006 modificó ciertos artículos del Decreto-ley n° 5 de 1999 relativos al convenio arbitral (art. 7: controversias en las que no se haya pactado convenio y capacidad del Estado para someterse a arbitraje) y restituyó la vigencia del art. 17 (competencia-competencia). En el primer caso se adecuó el texto a las previsiones constitucionales en el sentido de que los convenios arbitrales tienen eficacia por sí mismos cuando éstos hayan sido establecidos en el momento de la celebración del contrato principal, reservándose la exigencia de la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos litigiosos en los que el Estado sea parte (art. 200.4° Constitución²⁸⁷). En el segundo caso el legislador panameño volvió a declarar la vigencia de la norma sobre competencia-competencia que había sido declarada inconstitucional por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de diciembre de 2001.

IV. Control de las decisiones de la jurisdicción

1. Configuración del recurso de anulación

El elemento esencial de las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje aparece a la hora del control del procedimiento y como consecuencia del control del laudo arbitral. Por esta razón, una vez dictado el laudo y concluido el procedimiento arbitral es factible entrar de nuevo en contacto con la jurisdicción, siempre y cuando una de las partes solicite

²⁸⁷ De acuerdo con este precepto, son funciones del Consejo de Gabinete “4. Acordar con el Presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación. Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos”.

la anulación del laudo²⁸⁸. El recurso de anulación, por su propia naturaleza no está de modo alguno previsto para solucionar cuestiones relacionadas con la sustancia, el fondo del laudo arbitral, sino antes bien, para atender a los errores, excesos procesales, fundamentalmente para dejar a salvo las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa en juicio. La revisión judicial de los laudos arbitrales queda circunscrita al marco del recurso de anulación del laudo, una de cuyos características específicas es de carácter garantista, pues está orientada a la verificación de si el arbitraje se ha desarrollado, o no, con sujeción a los principios rectores de un debido proceso²⁸⁹. Ello da lugar a que los laudos arbitrales sean la mayor parte de las veces susceptibles de anulación por errores de procedimiento *–in procedendo–*, y no por errores de tipo sustancial *–in judicando–*²⁹⁰. Por consiguiente puede afirmarse sin riesgo de error, que la decisión judicial acerca de la validez o la nulidad del laudo

²⁸⁸ “El recurso de anulación es el mecanismo que tienen las partes de impugnar un laudo por errores de procedimiento (forma), donde las cuestiones de fondo sólo serán revisadas indirectamente, a fin de comprobar la posible comisión de un motivo de anulación”. Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 26 de agosto de 2009 (*Telecarrier Inc. contra Interdotnet Inc.*).

²⁸⁹ Como pusiera de relieve B.M. Cremades, el principio de igualdad se materializa antes y durante el procedimiento. “Todo acuerdo de las partes respecto al nombramiento de árbitros debe respetar el citado principio, de la misma manera que la sustanciación de las actuaciones debe conferir a una y otra parte igualdad de oportunidades y de trato, principalmente en la práctica de la prueba, en la posibilidad de formular alegaciones y en la fijación de plazos, de acuerdo con las exigencias del caso. Los principios de audiencia y contradicción, sustancialmente idénticos en los sistemas anglosajones y continentales (bajo el concepto de *due process* o “proceso debido”) implican que cada parte tenga oportunidad suficiente o razonable para exponer su caso, lo que se traduce en la necesidad de que las alegaciones escritas sean recibidas dentro del calendario acordado y que se permita a las partes presentar pruebas y medios de defensa, así como acceder a toda la información presentada por la contraparte”. Cf. B. Cremades e I. Magdalena, “La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional”, *Arbitraje*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 337–356, esp. p. 342.

²⁹⁰ J. Lievens, “Le juge et les arbitres: le contrôle de la sentence par le juge”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 47–74.

arbitral, no puede llegar a sustituir la decisión de fondo adoptada por los árbitros²⁹¹.

Por medio del recurso de anulación se pretende que la jurisdicción ordinaria asegure y garantice que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ha ajustado a lo convenido por las partes en el convenio arbitral y no va en contra del orden jurídico²⁹². Esto explica que la mayoría de las legislaciones de arbitraje inserten algún mecanismo de control por parte de los jueces sobre la actuado a lo largo del procedimiento arbitral.

Buena parte de la doctrina procesalista distancia entre medios de impugnación en sentido estricto o indiscutibles recursos y medios de impugnación en sentido amplio²⁹³. Estos últimos son aquellos instrumentos jurídicos por medio de los cuales se pide la rescisión o nulidad de sentencias que han alcanzado firmeza, refiriéndose, pues, a procesos que han terminado ya, por lo que la impugnación no prorroga el mismo proceso en otra fase o etapa, sino que abre un nuevo proceso en el que se ejercita una pretensión autónoma y distinta de la que fue resuelta en el proceso cuya resolución se impugna. Puede considerarse, en sentido amplio, que son medios de impugnación los medios de rescisión y nulidad de sentencias firmes, a saber: la revisión, la audiencia al rebelde y el incidente de nulidad de actuaciones.

Pues bien el recurso de anulación no encaja en ninguna de estas categorías dogmáticas. Acontece esto por lo menos en dos momentos. En primer lugar, ante los jueces de la sede del arbitraje, si se trata de la acción de nulidad y, en segundo lugar, ante el juez de la ejecución del laudo, en el supuesto de que exista oposición a la validez del laudo o de que la materia sometida a arbitraje no sea objeto de arbitrabilidad. Por

²⁹¹ R. Hinojosa, “La impugnación del laudo en la ley española de 2003”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n°3, 2006, p. 374.

²⁹² C.M. Schmitthoff, “Finality of Arbitral Awards and Judicial Review”, J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 230–241.

²⁹³ Cf. J. Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar), Valencia, 2007, p. 406.

consiguiente, el efecto de cláusula arbitral, si bien radica en la encomienda de la jurisdicción a favor de un juez privado, no confina a los magistrados las atribuciones que por ley le corresponden cuando está presente un convenio de arbitraje.

El mecanismo de anulación del laudo arbitral aparece configurado en el Decreto ley 5/99 mediante una acción de carácter extraordinario evitando así que el proceso de impugnación de la validez del laudo se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral. Esto es, las causales de anulación del laudo se encuentran tasadas, no pudiendo el órgano jurisdiccional, que conozca de la acción de anulación, revisar el fondo de la decisión de los árbitros. El laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, por lo que, al igual que ocurre con las sentencias judiciales, sólo podrá ser anulado por lo motivos legalmente previstos.

En efecto, los jueces y los tribunales estatales están facultados para verificar la actuación de los árbitros a través del laudo que a ellos les es presentado sin llegar a convertirse en una segunda instancia que tenga por finalidad desnaturalizar la institución arbitral poniendo como excusa las modalidades de control al laudo. Ahora bien, **la intervención de los jueces respecto del arbitraje es distinta según la intensidad en que se encuentran comprometidos por los pronunciamientos arbitrales, por cuanto la justicia estatal no se exterioriza de la misma manera cuando se trata de apreciar la validez extrínseca del acuerdo arbitral o la eficacia formal del proceso arbitral o bien, en la hipótesis de juzgar sobre la arbitrabilidad de la materia objeto de la diferencia o bien, de la adecuación del laudo con el orden público internacional.** Las potestades que despliegan los órganos jurisdiccionales en el control de los laudos arbitrales, internos e internacionales, deben quedar circunscritas a lo previsto en la ley sin posibilidades de *numerus clausus* y estar claramente delimitadas. El instrumento principal para controlar el alcance de la intervención jurisdiccional en

la fase post-arbitral es una prohibición, la de revisar el fondo del asunto decidido en sede arbitral²⁹⁴.

La acción de anulación es considerada como suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales. Los derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través de la acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados– concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados²⁹⁵.

El recurso de anulación de laudos arbitrales tiene una connotación enteramente distinta de la del executur. Con aquél se pretende establecer la regularidad del laudo emanado de la autoridad panameña, que debió ser producido con sujeción estricta al sistema normativo nacional, lo que equivale a decir que el recurso de anulación pretende que un juez panameño califique, con ciertas limitaciones, la juridicidad del laudo emitido por otra autoridad nacional. El executur, en cambio, persigue que el juez panameño determine si el fallo emitido por un juez o por un tribunal de arbitramento extranjero, cuya conformidad con el ordenamiento jurídico del lugar en donde fue producido no se discute, puede cumplirse en Panamá sin ofender el orden público nacional. El hecho de que la finalidad del recurso de anulación sea distinta de la del executur explica que las razones que impiden hacer ejecutable el laudo extranjero

²⁹⁴ C.R. Dinamarco, “Limites da sentença arbitral e de seu control jurisdiccional”, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 2, 2003, pp. 19–33.

²⁹⁵ El carácter tasado es común a la generalidad de los sistemas jurídicos. V.gr. en EE UU en el caso *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, el Tribunal Supremo el 25 de marzo de 2008, que los motivos de confirmación, anulación y modificación de un laudo recogidos en los arts. 10 y 11 de la Ley Federal de Arbitraje son tasados, lo que impide su ampliación por acuerdo entre las partes. No obstante, el Tribunal Supremo no se pronunció acerca de la posibilidad de pactar una reducción de dichos motivos. Cf. B.M. Cremades y A. Martín Blanco, “El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 3, 2008, pp. 5 ss.

en Panamá, no sean causales de anulación del laudo nacional. A decir verdad, el mecanismo de control existente en Panamá respecto de los laudos nacionales (recurso de anulación) garantiza racionalmente la observancia de la normatividad del país, en especial la de orden público, y por consiguiente, hacen innecesario establecer otro control. Los laudos extranjeros, en el lugar en donde se producen también están sometidos a controles que garantizan la conformidad con el respectivo sistema normativo, pero no aseguran que guarden coherencia con el orden jurídico panameño. Por eso, cuando el laudo extranjero se somete al escrutinio del juez panameño, éste no examina la juridicidad del laudo, sino que se limita a determinar si su cumplimiento en Panamá no es contrario al orden público interno.

En efecto, el control jurisdiccional sobre el arbitraje no autoriza a los órganos judiciales examinar o corregir la interpretación del Derecho que hagan los árbitros. Pueden examinar la actividad procesal y el pronunciamiento mismo del laudo por si son contrarios al orden público, pero no la apreciación sobre las pruebas o la interpretación para llegar al laudo. Busca verificar que la actuación de los árbitros recoja la voluntad de las partes en los términos establecidos en el convenio arbitral. Los errores que puedan cometer en esta función no son de orden público, desde el momento en que el propio legislador ha excluido su control jurisdiccional.

Las causales de anulación o de nulidad de los laudos arbitrales reconocidos por diferentes ordenamientos jurídicos han ido estandarizándose gracias a la existencia de dos instrumentos internacionales de la mayor importancia, como la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo Uncitral de 1985, al punto de que si un Estado reconoce dentro de su legislación arbitral causales adicionales o distintas a las reconocidas internacionalmente, difícilmente será considerado como un lugar amigable para la práctica del arbitraje.

La LAP en su art. 34 establece taxativamente como causas de anulación del laudo las siguientes:

“Contra el laudo arbitral sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por los siguientes motivos tasados:

1. Cuando la parte que interpone el recurso pruebe:

a) Que el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causas de nulidad consagradas en el Código Civil y las causales contenidas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia.

b) Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo, no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o de conformidad a lo establecido en el presente Decreto Ley, o no haya sido una de las partes notificada en debida forma de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento.

c) Que el laudo se refiere a una controversia no contenida en el convenio arbitral, o que contiene decisiones que exceden de su ámbito o alcance.

d) La anulación afectará únicamente a las cuestiones a que se refieren los párrafos anteriores que, se puedan separar de las demás contenidas en el laudo.

2. Que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a la Ley panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño”.

El segundo numeral del artículo antes transcrito es congruente con el art. 2 de dicha Ley, el cual nos indica que materias no son susceptibles de someter a arbitraje. Dicho artículo preceptúa que no podrán ser sometidas a arbitraje, las controversias que surjan de materias que no sean de la libre disposición de las partes (todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o que están reguladas por normas imperativas de Derecho) y las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial que hagan tránsito a cosa juzgada,

La congruencia en los citados artículos tiene importancia toda vez que si se someten a arbitraje materias inarbitrables, como la tributaria o de derecho de familia o bien sobre controversias ya resueltas por la justicia ordinaria, inclusive las decididas por árbitros, hay lugar a la anulación del laudo conforme al art. 34.2°

En el escrito de interposición del recurso se razonará sobre los motivos de la impugnación, proponiendo la prueba pertinente y acompañando documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo dictado

debidamente notificado. De este escrito el tribunal competente dará traslado a las demás partes en el proceso, las cuales podrán impugnarlo dentro de un plazo de 20 días. El Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días a partir del último trámite señalado, la cual no es susceptible de recurso alguno. Simultáneamente a la interposición y sustanciación del recurso de anulación, las partes podrán dirigirse al Tribunal que entiende de dicha causa en la solicitud de medidas cautelares para el aseguramiento del objeto del procedimiento, las cuales se concederán por el Tribunal con arreglo en lo dispuesto a este respecto, en el Código Judicial (art. 37). Es importante señalar que si el laudo dictado en territorio panameño tuviese la consideración de internacional, de conformidad con el Decreto Ley, las partes pueden pactar o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia a este recurso y así se entiende cuando se guarde silencio (art. 36).

El orden al procedimiento para determinar la nulidad del laudo arbitral, el Capítulo V del Decreto Ejecutivo N° 5 en sus arts. 35, 36 y 37 regula todo lo referente al procedimiento de anulación del laudo arbitral. En primer término señala que el tribunal competente para conocer del recurso de anulación que se presente contra un laudo arbitral interno es la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia por disposición expresa del art. 35 del Decreto ley 5/99. El término para interponer el recurso será de 15 días contados a partir de la notificación del laudo o de la fecha de que se entienden estimadas o desestimadas las aclaraciones o rectificaciones del laudo. Sólo podrán interponer el recurso abogados en ejercicio.

Ha de advertirse que el recurso de anulación no permite al órgano jurisdiccional ordinario entrar a conocer del fondo de la decisión arbitral. La decisión que resuelve el recurso de anulación ha de limitarse a establecer o no la nulidad del laudo y no a suplir la decisión de los árbitros con otra por ella emitida. En modo alguno cabe entender directa o indirectamente que el recurso de anulación pueda compararse como una segunda instancia revisora de lo hecho en el procedimiento arbitral: de ahí que no sea objeto del recurso de nulidad la controversia de fondo, sino

la validez del laudo. La competencia de la jurisdicción para la revisión del laudo está limitada a dos ideas ejes centrales: las causales preestablecidas por ley y sobre el aspecto formal del laudo; jamás podrá ser objeto de revisión el fondo de la controversia definida en sede arbitral, pues esa competencia se le ha entregado a los árbitros. Solo se revisará el mecanismo utilizado para lograr esa decisión, validar el procedimiento para validar luego el resultado de este, el laudo. La prohibición de revisión de fondo del asunto, que se fundamenta en que la institución arbitral se asienta en la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros con exclusión de la intervención judicial, garantiza el respeto al efecto de cosa juzgada del laudo sobre la base del respeto por lo decidido por el árbitro o árbitros en el procedimiento arbitral que han llevado a cabo.

El control jurisdiccional que permite esta específica vía impugnatoria queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley. El control jurisdiccional que permite esta específica vía impugnatoria queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento arbitral y el laudo y a la preservación del orden público, como se plasma y queda recogido en los tasados motivos de nulidad. El control jurisdiccional que permite esta específica vía impugnatoria queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento arbitral y el laudo y a la preservación del orden público, como se plasma y queda recogido en los tasados motivos de nulidad previstos en el Decreto ley 5/1999. No obstante, si se pretende un control de orden público íntegro ni que decir tiene que éste resulta imposible al no poder controlar, el juez, aquello que tiene prohibido entrar a conocer. De lo contrario, si se da primacía a la prohibición de revisión de fondo, se garantiza el respeto a la autonomía de la institución arbitral dando sentido al funcionamiento del principio. Su falta de respeto podría provocar la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje en la desnaturalización de la institución mediante una intervención judi-

cial demasiado agresiva, y opuestamente, un control sumario del laudo puede fomentar la impunidad en los casos en que el arbitraje sea utilizado fraudulentamente para escapar de la aplicación de leyes de policía, normas imperativas y, en general, de un orden público que más tarde no podrá ser examinado si la prohibición aísla al arbitraje en la inviolabilidad de su autonomía²⁹⁶.

Dentro de la abundante jurisprudencia que existe en la materia cabe referirse, entre otras muchas, a las siguientes decisiones: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 22 de diciembre de 2000 (*Construcciones Universales, S.A. / Condor Enterprises, S.A.*) “el recurso de anulación es un recurso extraordinario y como tal sólo se debe invocar excepcionalmente en especiales circunstancias, taxativamente determinadas por la ley”. Como se verá más adelante, la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del art. 36 del Decreto ley 5/99 de 1999 porque consideró que la renuncia a la anulación se hacía con los ojos cerrados y de manera desprevenida. Sin embargo, la disposición en cuestión es pacífica en otros países.

2. *Carácter tasado de las causales*

Al constituir el arbitraje una alternativa a la jurisdicción, no resulta de recibo que una decisión adoptada por sujetos privados, que carezcan de la investidura suficiente de potestad pública, pueda desarrollar efectos de la cosa juzgada y fuerza ejecutiva sin que la misma pudiera ser controlada de algún modo por el filtro jurisdiccional. Las razones por las que un laudo puede ser anulado se encuentran expresamente contempladas en la ley que rige el arbitraje; más allá de la disidencia entre los “contractualistas” y “jurisdiccionalistas” sobre la esencia y alcances de un laudo, en nuestro país su impugnación se rige estrictamente bajo reglas procesales, siendo las causales de anulación taxativamente regladas las únicas sobre las cuales un juez puede atender un pedido de este tipo.

²⁹⁶ Vid. M^a V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.

Resulta evidente que si frente al laudo se permitiera incoar medios impugnatorios en sede judicial, a través del cual este pudiera revisar plenamente lo decidido por los árbitros, se defraudaría la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a los árbitros en vez de la jurisdicción.

Correlativamente no puede admitirse que en el arbitraje no se respeta el debido proceso y que hay estándares establecidos que así lo demuestran, sin perjuicio de aquellos que las partes deseen imponer en el marco de la libertad que les corresponde de establecer normas de autorregulación del proceso. En ningún caso podrán jueces y tribunales anular un laudo arbitral por causas no previstas expresamente por el Decreto ley 5/99 por mucha imaginación que ejerzan las partes. Los criterios de revisión no tienen carácter disponible, y admitir su ampliación convencional no sólo suscitaría problemas prácticos a las mismas partes, sino que supondría una violación del orden público que sustenta la limitación legal del alcance de la intervención judicial. Bien es verdad que se corre el riesgo de alcanzar decisiones erróneas pero la institución arbitral proporciona el mejor remedio para superar estos peligros: antes que buscar la corrección de esos errores en una segunda instancia judicial, es preferible elegir cuidadosamente a los árbitros²⁹⁷. Si se facultase a las partes para ampliar los criterios de revisión judicial, se podrían perder aquellas ventajas y el arbitraje no pasaría de ser una etapa preliminar de la controversia, aún a costa de la autonomía de la voluntad. Permitir a las partes la ampliación convencional de las causales de anulación de los laudos sería, además, una fuente de dilaciones innecesarias y posibilitaría impugnaciones muchas veces infundadas que afectarían la integridad del proceso arbitral²⁹⁸.

²⁹⁷ K-A. Helm, "The Expanding Scope of Judicial Review of Arbitration Awards: Where does the Buck Stop?", *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, n° 4, 2006-2007, pp. 16 ss.

²⁹⁸ V. Raghavan, "Heightened Judicial Review of Arbitral Awards: Perspectives from the UNCITRAL Model Law and the English Arbitration Act of 1996 on some US developments", *J. Int'l Arb.*, vol. 15, n° 3, 1998, pp. 103 ss. *Vid.*, asimismo, F.

De lo contrario, se vulneraría el efecto de cosa juzgada del laudo, constitucionalmente reconocido. La conformación del derecho a la tutela judicial efectiva precisa que, de un lado, los fallos judiciales firmes y, de otro lado, tengan suficiente eficacia, esto es, se cumplan. Ello implica que los órganos de la justicia estatal está impedidos de dejar sin efecto semejantes resoluciones, al margen, claro está de los cauces reglamentariamente determinados.

En el sistema panameño de arbitraje, el recurso de anulación del laudo procede únicamente cuando concurren las causales legalmente establecidas o motivos tasados que justifican la interposición del recurso. Resulta consustancial a la naturaleza del arbitraje el carácter tasado de estos motivos de impugnación. Dicho carácter descansa en el postulado de que el legislador quiso ceder la función jurisdiccional declarativa a los árbitros. De esta suerte, el ejercicio de la función arbitral no permite su examen por el órgano jurisdiccional por cualquier causa alegada por las partes, sino que únicamente permite que se examine por el órgano jurisdiccional la resolución arbitral en supuestos muy concretos de vulneración de principios o máximas básicas para el buen desarrollo del arbitraje. Como vimos, el Decreto ley 5/99 determina en su art. 34 específicamente las causales de anulación recogidas en la LMU; asimismo puede apreciarse que las causales de impugnación del laudo arbitral que recoge nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Decreto Ley 5/99 son en esencia las mismas causas de denegación para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros que consagran la Convención de New York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. Dicho de otro modo, las causales de impugnación del laudo arbitral interno contempladas en el Decreto ley 5/99 están en concordancia casi absoluta con las causales de denegación para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras contenidas en la Convención de New York de 1958 en su art. V: la incapacidad de alguna de las partes, que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedi-

Cantuarias Salaverry, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 395.

miento arbitral o la emisión del laudo, no se encuentren acordes con el convenio arbitral o con la ley que rige sobre ellas, que una de las partes no haya sido notificada en debida forma de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, que el laudo se refiera a una diferencia no prevista en el convenio arbitral o que contenga decisiones que excedan de su ámbito o alcance y finalmente, que el objeto de la diferencia no sea arbitrable conforme a la Ley del país donde se desarrolle el juicio arbitral o que el laudo es contrario al orden público de ese país. Existe, pues, coincidencia entre ambos textos legales con ciertas diferencias de sistemática. Y en la misma línea cabe situar a la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional, que hace referencia a ellas.

En orden a su contenido el recurso de anulación se configura como un medio de impugnación de carácter extraordinario sometido a una motivación muy concreta y limitada, ya que no se puede analizar la justicia del laudo ni el modo –más o menos acertado– de la aplicación de la ley material. Está vedada la posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto y tiene por exclusiva finalidad controlar el exceso de poder de los árbitros, sin que quepa, en forma alguna, la revisión del fondo de la controversia. Dicha revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales desconocería, además, un corolario básico del principio de habilitación, como lo es el de la transitoriedad de la misión arbitral. La separación entre arbitraje y jurisdicción se aprecia aquí claramente, por cuanto en vía jurisdiccional no puede nunca discutirse sobre el fondo de la controversia, cuestión reservada al tribunal arbitral, ya que, la posibilidad del recurso no transfiere al tribunal revisor ni le atribuye la jurisdicción de equidad, no solo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo.

El recurso de anulación no permite impugnar los fundamentos jurídicos del laudo, esto es, el fondo del asunto ni la mayor o menor bondad de la cesión del árbitro pues el órgano de la justicia estatal que practica la revisión carece la facultad de decidir, que es competencia exclusiva de los árbitros. Y la razón de ello es muy clara: que las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de una intervención que solo

aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, precisamente, las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse. Como ya hemos señalado, el recurso de anulación debe entenderse como mecanismo de control formal a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en la ley.

El recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por la pureza del procedimiento arbitral y su procedencia, pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única y se interpone ante el Poder Judicial por las causales establecidas que se detallan a continuación.

La procedencia del recurso de nulidad está sometida a las causales taxativas a que se refiere el art. 34 Decreto 5/99, de modo que cuando lo invocado por el recurrente no encuadre en las causales de la ley, el tribunal superior no admitirá el recurso. Su ejercicio acarrea la obligación de prestar caución para garantizar las resultas del proceso; caución necesaria, a diferencia de la eventual que se fija en los casos en que el tribunal superior, a solicitud del recurrente, ordene suspender la ejecución del laudo mientras se tramita el recurso de nulidad, y con el objeto de garantizar la misma ejecución y los perjuicios que puedan causarse, si el recurso de nulidad es rechazado. Las causales están referidas a cuestiones formales, lo que excluye el examen del fondo del asunto. En orden a la anulación de los laudos es cierto que muchas veces los jueces interpretan las causales de anulación previstas en la legislación de manera harto discutible. Para evitar esta situación el sistema panameño se orienta en la línea de las legislaciones más avanzadas que limitan las causales por las cuales se puede impugnar de nulidad el laudo. Unas causales limitadas a la verificación de la legitimidad del proceso o a la existencia de una voluntad de las partes claramente aceptada para someter la controversia arbitraje, al margen de que la materia sea arbitrable y no contraríe el orden público.

El carácter tasado de las causales de anulación ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional panameña siendo expresivo el asunto *Grupo Capital Factoring, S.A.*

“... las causales de anulación son taxativas y sólo se pueden invocar las establecidas por la ley, de manera que no queda a voluntad de las partes establecer, crear o modificar causales a su voluntad, como ha ocurrido en el presente caso en el que la recurrente al invocar como causal la señalada en el acápite b) del ordinal 1 del art. 34 del Decreto Ley 5/99, añade el vicio consistente en que el laudo ‘deja de resolver algunos de los puntos objeto de la controversia’.

El art. 34 del Decreto Ley 5/99 de manera expresa señala que: el recurso de anulación se puede interponer, ‘por los siguientes motivos tasados’; tasados significa limitado, medido y cuando de pruebas se trata, la tasada es aquella que ‘la ley exige específicamente para poder acreditar un hecho determinado’ (*Diccionario de la Lengua Española*. 22 Edición 2001, p. 1853)”.

En este punto ha insistido la CSJ en el asunto *Fundación Raznher* al entender que

“De conformidad con lo estipulado en el art. 33 del Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999, los laudos arbitrales son impugnables únicamente a través del recurso de anulación y de conformidad con los motivos tasados en el art. 34 del mismo Decreto Ley; es decir, que dicho recurso tiene limitaciones indicadas en la ley, situación que nos demuestra que sólo se pueden analizar las causales debidamente invocadas y que guardan relación con las enumeradas en el artículo citado.

De acuerdo con la legislación vigente, la Sala debe circunscribirse a las causales de anulación previamente establecidas, por lo que le está vedado analizar las alegaciones vertidas por los recurrentes y que son propias de otros recursos utilizados en los procesos ordinarios, ya que esto atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de las partes, quienes pactan a través de un convenio arbitral, que sus diferencias sean resueltas por un tribunal arbitral, claro está, indicando a través del convenio los lineamientos que se deben cumplir para resolver la controversia²⁹⁹.

²⁹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de marzo de 2009 (*Fundación Raznher y otros contra Banco Atlántico Panamá, S.A., ahora Banco General, S.A.*).

3. Vicios en el convenio arbitral

A) Configuración de la causal

La parte de los sistemas estatales de arbitraje insertan una causal relativa al convenio arbitral basada en lo dispuesto en el art. 34.2°.a) de la Ley Modelo Uncitral según el cual el laudo arbitral podrá ser anulado si la parte que interpone la petición pruebe “que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7 (definición y forma del acuerdo de arbitraje) estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado”. Sin embargo, el Decreto ley 5/99 se aparta de esta corriente mayoritaria e inserta en el art. 34.1°.a) un texto diverso, de carácter referencial, según el cual procederá la anulación cuando se pruebe que “el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causas de nulidad consagradas en el Código civil y las causales contenidas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia”. La justificación de este motivo descansa en la propia naturaleza del arbitraje, que se configura como una jurisdicción voluntaria que excluye la competencia ordinaria de los Tribunales nacionales respecto de las materias que se someten a arbitraje. Consecuentemente, el arbitraje precisa que las partes den su conformidad a que su controversia se dirima mediante arbitraje.

Las objeciones más importantes acerca de la validez del convenio de arbitraje que, desde una perspectiva negativa, conforman también las causas de nulidad del convenio son las exigencias de forma requeridas para la validez del convenio, los efectos de la autonomía del convenio en relación con el contrato principal, el alcance de la competencia–competencia de los árbitros, la capacidad de las partes y el entendimiento de la arbitrabilidad de las controversia³⁰⁰. La más conspicua de esas

³⁰⁰ La utilización del término arbitrabilidad en un sentido muy amplio, incluyendo en él cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral es propio de los auto-

causales se refiere a la incapacidad que eventualmente hubiere tenido, para el momento de celebrarse el respectivo negocio jurídico, la persona que pactó el arbitraje, de manera que lo actuado, tanto el laudo como todo el procedimiento previo, como devienen del acuerdo para el cual una de las contratantes carecía de capacidad civil, es absolutamente nulo. Allí, como se observa, la nulidad del laudo es indirecta o consecuyente, y depende de una condición o estado que es atribuible a una de las partes contratantes; por ello, al demandarse la nulidad del laudo arbitral por este motivo impugnatorio, el solicitante estaría pretendiendo ante el juez la declaratoria de incapacidad de uno de los sujetos del negocio jurídico y, por vía de efecto necesario, la nulidad de todo el procedimiento arbitral, lo que incluye al laudo dictado por los árbitros. Es, pues, en ese caso, una demanda de un contratante contra el otro, y no es cuestionamiento de la conducta decisoria de los miembros del colegio de árbitros o del árbitro único en su deber de decidir la controversia con apego a las exigencias legales y constitucionales que rodean a esta institución.

Retornando a la reglamentación panameña el convenio arbitral, como todo contrato, ha de reunir la totalidad de los requisitos generales previstos en el Código Civil. Las causas de invalidez del acuerdo arbitral, cualquiera que sea la forma en que se manifieste (cláusula compromisoria, específico compromiso arbitral separado del contrato, intercambio de notas, etcétera) pueden ser tanto de carácter formal como de carácter sustancial (referidos estos últimos a la validez intrínseca del acuerdo). Las causas de invalidez de carácter formal están referidas tanto a su estructura interna (vaguedad, imprecisión, contradicción, en su formulación, etcétera) como a su revestimiento externo, documento o soporte en que se encuentran contenidas (que no conste por escrito en forma de cláusula o compromiso o a través de un intercambio de notas, o de documentos contentivos de la contestación de la demanda, o que no se cumplan ciertas formalidades exigidas por la ley aplicable). Las cau-

res y de la jurisprudencia norteamericana. Un ejemplo muy ilustrativo de este planteamiento contractualista de la arbitrabilidad nos lo ofrece J. W. Stempel, "A better approach to arbitrability", *Tulane L. Rev.*, vol. 65, 1991, pp. 1426

sas de invalidez de carácter sustancial (que atacan la validez intrínseca del acuerdo) están referidas a la capacidad de las partes, los vicios de la voluntad y las leyes de policía o de orden público del país en el que el acuerdo arbitral se estipula.

En el caso de que no se verificara alguno de estos requisitos, esto es, los relativos a las partes, al objeto, a la forma o a los plazos, del laudo podrá anularse de conformidad con el art. 34.1ª.a) del Decreto ley 5/99. En este sentido, nos resulta obligada la lectura de los arts. 1141 y 1142 del Código Civil panameño, dado que estos artículos regulan la nulidad absoluta de los actos o contratos y también la nulidad relativa. Hay nulidad absoluta en los actos o contratos, cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia; también cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene; y, también cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces, entendiéndose únicamente por tales, los dementes, los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y los menores impúberes. Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular; cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y cuando se ejecuten o celebren por personas relativamente incapaces. Semejantes causales de nulidad de los contratos, absolutas y relativas, son aplicables a los convenios arbitrales dado que el arbitraje tiene una base o plataforma contractual denominada cláusula arbitral o convenio arbitral, que si surgen a la vida jurídica viciados, dan lugar a la anulación del laudo arbitral.

Por consiguiente el convenio arbitral deberá reunir el conjunto de las condiciones esenciales para la formación y existencia de los actos o contratos, así como todas las formalidades que la ley le exige, en este caso las que le señale el Decreto ley 5/99 en sus arts. 10 y 29. En caso de ausencia de alguno de estos requisitos, el convenio arbitral carecerá de va-

lidez y por tanto el laudo podrá ser sujeto de impugnación. La voluntad de las partes es el fundamento del arbitraje y, por lo tanto, si esa voluntad no queda adecuadamente reflejada en el acuerdo, fallan los cimientos sobre los cuales se asienta la sentencia.

Como puede observarse esta causal reposa en disposiciones de Derecho sustantivo o material. Se trata de circunstancias que pueden provocar la nulidad radical del convenio por afectar a requisitos esenciales, con especial mención de aquellos supuestos en los que se dispuso convencionalmente sobre materias inarbitrables o cuando falta el consentimiento expreso en acudir al arbitraje, por ejemplo, cuando la voluntad no se deduce claramente de un simple intercambio de faxes o cartas, o cuando se hizo una oferta pública de adhesión a un sistema arbitral y hubiera transcurrido el plazo de validez de la misma. Al lado de esto, existen otros supuestos que pueden conllevar a la nulidad de laudo por cuestionamiento al convenio cuando no se exprese la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas o de algunas cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir sobre relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros; cuando no se exprese la obligación de cumplir tal decisión; cuando el contrato de adhesión donde se halle la sumisión arbitral sea nulo; cuando no se celebre por escrito; cuando sea ineficaz el testamento que lo dispone; cuando el convenio coloque a una de las partes en situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros; y, cuando las partes se someten después de celebrado el convenio, expresa o tácitamente, a la jurisdicción de los tribunales civiles es ineficaz el convenio. Además de los supuestos precisados consideramos que el convenio será nulo cuando el consentimiento haya sido obtenido mediante falsedad, engaño, fraude, incapacidad de una de las partes, etc. Se produce la ineficacia del convenio cuando el acuerdo de arbitraje no puede producir efectos por ningún motivo tal como la muerte o incapacidad del árbitro *ad-hoc*, el vencimiento del plazo acordado para laudo, la existencia de una sentencia judicial o arbitral anterior que ya haya resuelto la controversia, etc.

B) Verificación del consentimiento

En el asunto *Aon Limited* el motivo de impugnación descansaba en que no se trataba de una cláusula arbitral, sino de una facultad otorgada al Oficial de Contrataciones de la Autoridad del Canal para que incluyese una cláusula de arbitraje, por vía de excepción; en su opinión en el contrato sólo se regulaba el procedimiento administrativo de reclamo, sin que en ninguno de sus numerales hiciese referencia a cláusula arbitral con efectos y adjetivos para la solución de conflictos que pudieran surgir entre el contratista y la autoridad por razón del contrato. Aon Limited sostenía a partir de aquí que nunca había dado su consentimiento para someterse a un proceso arbitral, expresa ni tácitamente, lo que se traducía en un vicio de consentimiento que respaldaba la causal de nulidad en los términos de los arts. 1.112 y 1.141 del Código civil. Ni que decir tiene que la SCJ rechazó este argumento³⁰¹.

C) Extensión de la cláusula de arbitraje a partes que no han suscrito el contrato

De la participación en el negocio jurídico principal y su vinculación efectiva con la empresa que ha suscrito el acuerdo arbitral, en el momento en que se suscribió dicho acuerdo se puede inferir las más de las veces la aceptación tácita del acuerdo arbitral, por parte de quienes no lo han suscrito, se infiere. Tomando en consideración la existencia imprescindible del consentimiento en tanto que requisito de existencia y validez de un contrato, una de las más complejas situaciones que se presentan en la actualidad en el arbitraje comercial internacional se llega a la conclusión que la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios del mismo, es decir, a aquellas personas naturales o jurídicas que teniendo una relación jurídica sustantiva en relación con la controversia, por lo

³⁰¹ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de negocios generales, de 1 de febrero de 2012 (*Autoridad del Canal de Panama contra Aon Limited*).

menos, desde el punto de vista formal no suscribieron el pacto arbitral³⁰².

Por consiguiente, debe procederse a analizar la conducta de las partes para verificar si, en rigor, existió verdadero consentimiento para acudir al arbitraje por parte de la parte que no ha suscrito el acuerdo arbitral. Es factible que los efectos de un convenio arbitral puedan alcanzar a un no signatario si esa parte ha suscrito un contrato que hace referencia expresa y directa de la cláusula arbitral contenida en otro contrato. Es el caso, por ejemplo, en que a través de otro contrato o documento el no signatario asuma las obligaciones y derechos del firmante, o el caso de un conocimiento de embarque u otro documento que incluya la cláusula arbitral y al que estuviera vinculado por principios generales del Derecho de contratos.

La práctica panameña también registra asuntos relativos a la extensión de la cláusula de arbitraje a partes que no han suscrito el contrato que la contiene³⁰³. Cada vez es más frecuente hallarnos en la práctica arbitral ante una multiplicidad de partes, cuyos domicilios se encuentran situados en jurisdicciones distintas, que celebran negocios que han de surtir efectos en lugares disímiles, y, como si esto no bastase, no es extraño encontrarse con la presencia de partes, sus agentes, representantes, subsidiarias, garantes, afianzadores, subcontratistas, agencias estatales, quienes intervienen de una u otra manera en la negociación, celebración, ejecución y terminación de uno, cuando no varios contratos, algunos coligados³⁰⁴. Como puede observarse es una cuestión compleja y, en vir-

³⁰² R.Ph Budin, *Les clauses arbitrales internationales, bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage ad hoc et institutionnel*, Lausana, Payot, 1993 ; W.W. Park, "Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilema", *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 9–25.

³⁰³ Y. Derains, "L'extension de la clause d'arbitrage aux non signataires—La doctrine desgroupes de sociétés", *The arbitration agreement—its multifold critical aspects*, ASA Special Series, núm. 8, Dec., 1994, pp. 241–243.

³⁰⁴ Vid. Th. Clay, "A Extensão da Cláusula Compromissória às Partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas)", *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 8, 2006, pp. 74–81; A. Bullard González, *¿Y quiénes están invitados a la Fiesta?: La incorporación de partes no signatarias al arbitraje*

tud de esta complejidad ha sido objeto de un amplio debate doctrinal cuyo resultado es que en determinados supuestos la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a no signatarios de la misma para respetar la voluntad de los sujetos de considerar a un no signatario como parte en el marco de la complejidad de las operaciones y negocios comerciales y evitar decisiones contradictorias en un mismo caso, lo que haría ineficaz el arbitraje y frustraría las expectativas de ejecución del laudo. Entrar en esta cuestión desbordaría con mucho los objetivos de la presente tesis de doctorado. Por el momento es suficiente señalar que la extensión opera cuando exista una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en una forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral.

La cuestión examinada se relaciona directamente con otro problema también muy habitual en la hora presente que es la relativa al arbitraje multiparte. La cuestión es si esta materia tiene cabida en nuestro Derecho, igual lo tiene el arbitraje en el caso de grupo de empresas, cuando intervienen diferentes filiales en una relación jurídica. En semejantes situaciones, la vinculación del convenio arbitral a empresas que formalmente no pactaron la cláusula arbitral pero que de hecho intervinieron en la relación jurídica base del arbitraje se convierte en una cuestión de prueba fáctica que tienen que valorar los árbitros a la hora de aceptar o denegar su propia competencia para incluir a una u otras sociedades en la relación jurídico arbitral. Los denominados litigios multipartitos, regulados con precisión en el Reglamento de la CCI de 2012³⁰⁵, constituyen un fenómeno que se ha extendido cada vez más en los últimos años en el ámbito del arbitraje comercial internacional. Su reiteración obede-

y el art. 14 de la ley de arbitraje peruana”, *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, t. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 717. respecto al alcance del convenio arbitral y los “grupos de empresas” vid. H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

³⁰⁵ B.M. Cremades, “Multi-Party Arbitration in the New ICC Rules”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 14, 2012, pp. 23–31.

ce a la complejidad creciente de las transacciones negociales de carácter transnacional, lo cual da lugar a que la puesta en marcha de un mismo proyecto implique frecuentemente un complejo entramado de contratos diversos que se encuentran interrelacionados entre sí. Asimismo es relativamente frecuente que en estos casos se negocien y pacten cláusulas arbitrales, reproducidas en todos los contratos implicados (aunque puedan ser distintas unas de otras), o bien, que algunos de dichos contratos hayan incluido cláusulas arbitrales y otros no lo hayan hecho.

Con respaldo en los mencionados principios, debe considerarse que el requisito de la firma de la cláusula arbitral es un requisito *ad probationem*, esto es, que sólo constituye un medio probatorio de la existencia del acuerdo de arbitraje. Esta situación se hace patente de forma aún más clara en contratos comerciales de cierta complejidad en los que intervienen subcontratistas en diversos grados y fases ejecutando parcialmente aspectos determinados de una operación. En estos casos, para preservar la unidad y eficacia del arbitraje es necesario reconducir las controversias surgidas entre las partes implicadas, incluyendo a los no signatarios de la cláusula, a la sede arbitral. Además, sólo así podrá garantizarse la no fragmentación del resultado de la justicia impartida, pues de lo contrario se inutilizaría el efecto del laudo dictado

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la jurisprudencia panameña ha dado respuestas contradictorias. En el asunto *Petaquilla* la CSJ consideró válida una cláusula de arbitraje que extendía el convenio arbitral a no signatarios vinculados a la actividad comercial celebrante del contrato, que participaron activa y de manera preponderante, en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral³⁰⁶. Por el contrario, en el asunto *Hopsa, S.A. contra M2 Panama Inc.* un tribunal arbitral debidamente constituido para conocer únicamente el contrato que contenía dicha cláusula arbitral, se declaró competente para conocer adicionalmente sobre otros contratos y

³⁰⁶ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 21 de diciembre de 2011 (*Sam Heavy Equipment & Solutions Corp., contra Petaquilla Minerals, S.A., Petaquilla Copper, S.A. y Minera Petaquilla, S.A., ahora Minera Panamá, S.A.*).

convenios, los cuales no había sido sometidos a arbitraje y donde visiblemente se violentaba la voluntad de terceros que no eran parte del proceso arbitral. Este proceder llevó a la CSJ a declarar la nulidad del laudo por entender que el tribunal arbitral había excedido

“... equivocadamente su capacidad para conocer y dirimir la totalidad de los conflictos a su consideración por Empresas Hopsa, S.A., so pretexto de que eran contratos accesorios, que se seguía la misma suerte del principal, sobre el que recae el proceso arbitral.

Resulta ser que con dicho principio se desconoció la voluntad de todos y en particular la de los terceros que fueron sometidos a un arbitraje, en equidad, en contra de su voluntad ya que como bien dice Boutin, es indispensable la autonomía de la voluntad de las partes y en el caso que nos ocupa, observamos cómo fueron llevados a un arbitraje otros contratos y convenios que, o no contienen una cláusula arbitral o, si la establecen, lo hacen en Derecho y no en Equidad. En relación a ello, se acepta la primera causal alegada por el recurrente, ya que se enmarca dentro de las causales de anulación, descritas en el Decreto Ley 5³⁰⁷.

También la CSJ en el asunto *Proyecciones Modernas, S.A.* declaró la nulidad de un laudo arbitral por considerar que la parte condenada no había prestado su consentimiento como consecuencia de que la cláusula arbitral estaba inserta en un contrato que había sido objeto de cesión no admitida por dicha parte (entre otras cosas porque el cesionario no estaba autorizado para realizar esta operación), violándole de esta forma el principio de libertad contractual, protección del consentimiento y consensualismo. Según la Corte:

“... si la empresa P.M., S.A., no había dado el consentimiento por escrito como lo establece la cláusula Décimo Sexta del contrato, para aceptar la cesión realizada por C.T. a F.B., mal puede éste último recurrir a la legislación arbitral, porque existió vicio del consentimiento y por ende la ausencia de causa, por lo que resulta probado el único motivo de anulación invocado por el recurrente”³⁰⁸.

³⁰⁷ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 5 de julio de 2010 (*Hopsa, S.A. contra M2 Panama Inc.*).

³⁰⁸ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 18 de mayo de 2011 (*Francesco Bongiovanni contra Proyecciones Modernas, S.A.*). En este contexto puede acudirse con carácter complementario a la Sentencia CSJ, Pleno, de 20 de enero de 2011 (*HEBE Corporation, S.A. contra Innovaciones de Vidrio, S.A.*).

4. Irregularidades en la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral o la emisión del laudo

Considera también el Derecho panameño que el laudo arbitral interno podrá impugnarse si la parte contra la que se invoca el recurso alegue y pruebe ante la autoridad competente, en este caso, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral o la emisión del laudo no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes. Esta causal distingue tres momentos: la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral y la emisión del laudo, cada una de estas etapas ha de ajustarse, en primer lugar, al acuerdo celebrado entre las partes, o en su defecto, a lo establecido en el D.L. 5/99. La causal también cita como motivo de anulación: que una de las partes no haya sido debidamente notificada de la iniciación del proceso arbitral, o bien, de cualquier trámite procedimental.

La inversión de la carga de la prueba es la consecuencia más destacada, toda vez, que se desplaza del solicitante al demandado, la alegación y prueba de tal circunstancia; ya no es aquel quien debe documentar que la constitución del tribunal y el procedimiento han sido regulares, sino quien se opone es quien debe demostrar que no lo han sido. Esta causa de anulación del laudo está prevista expresamente en el art. 34.1º. b) del Decreto ley 5/99³⁰⁹. Sentado esto debe tenerse en cuenta que:

³⁰⁹ Con relación a esta causa de impugnación del laudo, nuestra Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 9 de octubre de 2001 señaló: “Esta Superioridad procedió al examen del proceso arbitral y pudo constatar que dentro del mismo se siguieron las reglas arbitrales por las cuales se sujetaría el proceso arbitral ya que la Sala pudo comprobar que los árbitros que integraron el Tribunal Arbitral fallaron en estricta observancia de las disposiciones establecidas en la Ley 5 de 1999 y en el Reglamento de arbitraje de marzo de 2000”. La falta de notificación a las partes de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento, constituye una causa de impugnación del laudo arbitral en la medida en que esto constituye una falta de respeto a los derechos de defensa que tienen las partes, tanto en el proceso judicial como en el proceso arbitral. De esta forma también se ha entendido en los

i) En el ejercicio de su autonomía privada las partes están obligadas a delimitar algunos aspectos a la hora de convenir el arbitraje como el nombramiento de los árbitros. Esta es una cuestión crucial porque la suerte de la controversia estará en sus manos a partir de ese momento. Y si en el acto de celebración del convenio arbitral no pudiesen nombrarse, puede establecerse un procedimiento claro y sencillo para tal designación, que no dependa exclusivamente de la voluntad de una de las partes. En caso de que la constitución del tribunal arbitral se aparte del criterio aceptado por las partes, se producirá la nulidad del laudo, salvo que la omisión haya sido objeto de reclamación expresa en el momento oportuno por la parte que se considere afectada, sin que tal reclamación fuese tenida en cuenta oportunamente. A ello cabe agregar que cuando la composición del tribunal no se ha ajustado al acuerdo de las partes, por ejemplo, número legal de árbitros, incompatibilidad, capacidad plena y abogado, tratándose del arbitraje de derecho en los arbitrajes nacionales o contractuales, por ejemplo, sin cumplir con los requisitos de edad, de especialización u otros que hubieren acordado las partes³¹⁰. También cabe referirse a algunas situaciones donde podría considerarse que un Tribunal Arbitral no se ha conformado de acuerdo al interés de las partes o, como lo indica el Decreto Ley 5/99. Entre estos casos se encuentran: cuando el Tribunal no se ha ajustado al número legal de árbitros que tipifica la ley; existe incompatibilidad sobre los mismos; carecen de capacidad plena; no son abogados tratándose de un arbitraje en derecho; los árbitros no cumplen los requisitos de edad o de especializa-

Convenios de Ginebra, New York y de Panamá, que, aunque con redacción variable, todos ellos han objetivado el supuesto más común de indefensión: el que se produce cuando el demandado no es citado o lo es incorrectamente por la forma o el momento. Sin embargo, cabe destacar la deleznable práctica de la rebeldía estratégica, como táctica utilizada para evitar la notificación personal de los procesos arbitrales, ya que se admite como forma de notificación, el fax el correo certificado e inclusive el correo electrónico”.

³¹⁰ En la doctrina española C. Martín Brañas, “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4, 2003, pp. 143–175.

ción dependiendo de la materia objeto de controversia, o bien, no se cumplió con lo que las partes señalaron en la cláusula arbitral. Veamos las soluciones de la jurisprudencia de la CSJ respecto de alguna de estas cuestiones.

Un caso curioso se planteó a propósito de la constitución de un tribunal *ad hoc* compuesto por dos árbitros. Se trata del asunto *Estudios, Diseños y Construcciones, S.A.* que conoció la Sala Cuarta al resolver la anulación suscitada por la parte perdedora aludiendo, entre otras, a esta circunstancia que, en su opinión, vulneraba lo dispuesto en el art. 12.1º del Decreto Ley 5/99³¹¹ por tener éste carácter imperativo. La Corte rechazó este argumento aseverando que

“Si bien la recurrente considera que la constitución del Tribunal Arbitral fue contraria a lo que indica el D.L. 5/99, es importante dejar establecido que de la cláusula arbitral se desprende el uso o aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que al tratarse el presente proceso, de un arbitraje *ad-hoc*, las partes pueden estipular la forma de selección de los árbitros, el procedimiento y cómo se daría la emisión del laudo.

Los arbitrajes son dirigidos por uno o tres árbitros según sea el caso, sin embargo, las partes consideraron viable la escogencia de dos árbitros en representación de cada parte, y en caso de divergencias entre ellos, nombrarían el tercer árbitro para la función de árbitro dirimente

En vista de ello, la Sala no estima improcedente la constitución de dicho Tribunal. Consta en la cláusula arbitral décimo segunda transcrita, que el número de árbitros y la selección de los mismos fue plasmado así, como resultado de una decisión voluntaria de las partes, quienes en su momento la consideraron procedente y efectiva para la solución de su controversia. Por tanto, mal puede alegarse este hecho como motivo de anulación del laudo”³¹².

Otro de estos supuestos es el contemplado por la CSJ en el asunto *AVT Interservices* ante la alegación del recurrente de que el Tribunal

³¹¹ De acuerdo con este precepto: “El Tribunal Arbitral estará compuesto por uno o tres árbitros. Si las partes nada hubieran dispuesto, el número de árbitros será de tres”.

³¹² Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 7 de octubre de 2009 (*Estudios, Diseños y Construcciones, S.A. contra Desarrollo de Viviendas, S.A., Inmobiliaria Las Cibeles, S.A., Inmobiliaria Fresno, S.A., y Colonias de Panamá, S.A.*).

Arbitral no se había constituido de acuerdo a lo pactado, es decir que los árbitros no habían sido designados de la forma en que se pactó en la cláusula arbitral, ya sea de común acuerdo o por designación de un tercero, en este caso la Cámara de Comercio de Panamá. La Corte rechazó esta argumentación afirmando que

“... lo enunciado y al evaluar lo estipulado por las partes en la cláusula arbitral con relación a la constitución del Foro Arbitral, este despacho no encuentra razón en lo manifestado por la parte recurrente, ya que ambas partes al suscribir la cláusula arbitral, hacen uso y aplicación del principio de autonomía de la voluntad, donde se someten a cumplir lo normado sobre esta materia; por tanto, mal puede ahora alegarse que la constitución del Tribunal Arbitral estaba viciada”³¹³.

Otro se refleja en el recurso interpuesto por la *Fundación Raznher* basado en que el contrato principal no había sido refrendado por un Corredor de Valores y que no había sido no fue registrado en la Comisión Nacional de Valores, por lo cual el convenio arbitral adolecía del vicio de nulidad. La SCJ rechazó categóricamente semejante planteamiento afirmando que

“... la petente hace una serie de planteamientos que no guardan relación con las causales previamente mencionadas, como por ejemplo, que el Banco Atlántico no cumplió con la obligatoriedad de verificar la información financiera de un fondo incorporado en su portafolio de inversiones, no entregó información completa y profesional al cliente sobre las inversiones realizadas, no garantizaba resultados financieros satisfactorios al cliente y que el Banco realizó la gestión de asesor de inversiones de manera negligente, alegatos que no tiene una relación coherente con las causales de anulación de laudo arbitral que invocó, lo que imposibilita a esta Sala entrar a valorar si en efecto se incurrió en la violación de las misma”³¹⁴.

ii) Como se ha insistido en el Capítulo I, en el procedimiento arbitral deben observarse la esencia misma de los principios de contradicción

³¹³ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de noviembre de 2011 (*AVT Interservices, S.A. contra FCC Construcciones Centroamerica, S.A.*).

³¹⁴ Sentencia de la CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de marzo de 2009 (*Fundación Raznher y otros contra Banco Atlántico Panamá, S.A., ahora Banco General, S.A.*).

procesal y defensa, sin que se pueda pretender que por el carácter privado del arbitraje se deben observar principios en garantía de derechos constitucionales. Lo mismo acontece con el principio de audiencia, que constituye uno de los criterios que inspiran el procedimiento arbitral, en el que puede, por tanto, decirse impera la regla según la que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido, la cual se traduce en la necesidad de dar oportunidad a las partes de alegar, como medio de defensa, lo que estimen conveniente y esté permitido o no prohibido expresamente. Por esto en este sector es factible orientar la posible violación de normas de orden público procesal, pero sin que en modo alguno se pueda indirectamente cuestionar el fondo del asunto debatido y resuelto en el procedimiento arbitral³¹⁵.

iii) Una de las ventajas de la institución arbitral, y que le sirve de fundamento, es que la misma sólo dura lo que las partes determinan, de ahí que las potestades que se arroga el árbitro estén limitadas en el tiempo debiendo respetar el plazo establecido para impedir que las partes pudieran no tengan que esperar de forma indefinida el pronunciamiento del laudo arbitral cuya recepción puede prolongarse en el tiempo, las más de las veces de manera inadecuada. Esta es la razón por la cual la existencia de un plazo al que los árbitros deben acomodar sus actuaciones comporta una garantía imprescindible para las partes de que puedan alcanzar la solución a su disputa sin dilaciones indebidas, economía y eficacia. Por eso, el requisito formal del tiempo en el pronunciamiento del laudo es de tan inexcusable cumplimiento, que su emisión extemporánea lo vicia de nulidad, por haber terminado los efectos del convenio y en consecuencia la potestad del árbitro para proceder a la composición de la controversia sometida a su consideración. El plazo es importante para la validez del laudo, debido a que si se emite fuera del plazo legal es pasible de anulación, siempre que la parte que invoque esta causal haya reclamado de manera expresa –en su momento y ante el tribunal arbitral– y haya sido desestimada.

³¹⁵ E.J. Brunet, "Arbitration and Constitutional Rights", *North Carolina L. Rev.*, vol. 71, 1992, pp. 81 ss.

iv) De conformidad con el art. 34.1º.b) la parte actora debe fundamentar su motivo señalando en primer lugar: “que no fue debidamente notificada del proceso arbitral instaurado en su contra. Se apreciará la vulneración de los derechos al no procederse a notificar en debida forma la iniciación del proceso arbitral. Ello implica la necesidad de establecer si del procedimiento arbitral, se deriva la comprobación de la supuesta omisión en la debida notificación de la iniciación del proceso arbitral; motivo este que se configura cuando el demandado no es citado al proceso arbitral, o cuando la citación efectuada es incorrecta. A este efecto el art. 31 LPA establece que “El laudo será notificado a las partes en la forma que éstas hayan convenido directamente o a través del reglamento aplicable”. En su defecto: a) el laudo se notificará por el secretario del tribunal, si lo hubiere, o b) por el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral, “remitiendo copia del mismo a las partes, mediante correo certificado o cualquier otro medio tecnológico de comunicación escrita permita acreditar la veracidad de su contenido”. Como puede observarse la notificación de los laudos no posee formalismo alguno y puede efectuarse por cualquier medio tecnológico de comunicación, inclusive fax o correo electrónico, adjuntándose copia del fallo. Además, para que esta causal prospere debe dejarse constancia que la parte reclamante haya tratado con desigualdad o que los árbitros han escatimado a las partes la suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, ni que citara a la audiencia arbitral con insuficiente antelación. Lo verdaderamente esencial en este caso es la acreditación de la indefensión, la cual no es meramente formal o hipotética sino real o material, pues en otro caso se trataría de meras irregularidades procedimentales sin transcendencia invalidante.

Dentro de la jurisprudencia de la CSJ podemos referirnos al caso *Capital Premium, S.A.* donde no se apreció la supuesta incorrecta notificación invocada. Según la Corte:

“ Ha quedado completamente establecido, que el aviso de la solicitud de arbitraje se practicó correctamente, pues en la fecha de la notificación, la representación legal de la sociedad W.I. la ejercía el señor J.S., tal como consta en la escritura pública notariada, visible de foja 75 a 78 del expediente. Si bien, después

se nombró a la señora M.R, como la nueva representante de la sociedad W.I., este cambio de la Junta Directiva, se realizó una vez había sido consumada la notificación; además, no ha sido aportado documento o prueba idónea que nos permita comprobar que, al momento de ser notificado el señor Jaromir Stiburek como representante de la sociedad W.I., la representación era ejercida por la señora M.R.

Por tanto, no se puede alegar que no fue debidamente notificada la empresa W.I., por lo que, se entiende cumplido lo estipulado en el convenio arbitral”³¹⁶.

5. *Incongruencia*

A) Planteamiento general

El laudo arbitral debe respetar el principio de la congruencia en cuanto debe existir correspondencia entre lo pedido por las partes y la providencia dictada por los jueces arbitrales. La competencia de los árbitros está determinada por la ley en los términos en la medida en lo que las partes han consentido en atribuir a los árbitros y no pueden agrandarse a la consideración aspectos ajenos a su decisión, pues se trataría de fallos ultra o *extra petita*, salvo que los mismos estén inescindiblemente ligados a aquéllos. Dicho en otros términos, la congruencia es la correspondencia entre lo pedido en la demanda con el fallo de la decisión, por tanto la extralimitación del laudo arbitral ha de hacerse valer por las partes a través del correspondiente recurso de anulación, pues en caso contrario la decisión arbitral quedaría convalidada³¹⁷. Cuando el laudo considere una controversia diferencia no establecida en el compromiso o no insertada en las disposiciones de la cláusula arbitral o contiene decisiones que exceden de los términos de dicha cláusula, es factible solicitar la nulidad del laudo arbitral, tal como lo estatuye el art. 34.1º.c) del Decreto ley 5/99.

³¹⁶ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 7 de septiembre de 2009 (*Capital Premium, S.A. contra Wiridis, Inc.; Jaromir Stiburek y Simona Stibor*).

³¹⁷ M.J. Molina Caballero, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Serv. Publ. Universidad de Málaga, 2002.

Esta causal de oposición es conforme al propio carácter del procedimiento arbitral, toda vez que éste ha de quedar circunscrito a la resolución de las controversias que las partes habían convenido en el acuerdo arbitral resolver mediante este cauce, y el arbitraje ha de llevarse a cabo precisamente con arreglo a los términos que las partes han previsto para ello (*v gr.*, los denominados términos de referencia), ya sea directamente o por remisión con carácter general a una normativa reguladora del procedimiento arbitral. Teniendo en cuenta que la intervención judicial en el arbitraje tiene por objeto exclusivamente completar las carencias o los excesos de árbitros en el ejercicio de su función, la incongruencia negativa no debe constituir una causal o motivo de anulación del laudo arbitral como si sucede, con el principio de congruencia de las sentencias judiciales. Consecuentemente no es aconsejable que los árbitros se excedan en sus decisiones, pronunciándose en exceso de lo pedido o respecto de una cosa diversa de la pedida por las partes. Una de las modalidades de incongruencia es la incongruencia *extra petita* (fuera de lo pedido) que se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la *causa petendi*. El pronunciamiento recaído sobre los puntos no controvertidos constituye un motivo de nulidad comprensivo de todos los vicios que implican, en el proceso judicial, una trasgresión al principio de congruencia en el aspecto objetivo, de manera que se puede invocar cuando el laudo omite decidir alguna cuestión esencial incluida en el compromiso –*infra petita*– excede el concreto alcance de cualquiera de esas cuestiones –*ultra petita*– o resuelve temas extraños a ellas –*extra petita*– importante tener en cuenta que el cuestionamiento a la nulidad de laudo no se basa en pronunciamientos *infra petita* o *ultra petita* sino en cuestionamientos *extra petita*, esto es, laudos sobre materia no sometida a la decisión de los árbitros.

La esencia misma de la de la incongruencia por exceso es la falta de competencia de los árbitros para conocer y resolver sobre cuestiones litigiosas que no les han sido encomendadas por las partes. Por lo que a este punto se refiere habrá que atender primordialmente a la delimita-

ción de la controversia, que podrá realizarse por las partes en el propio convenio arbitral o posteriormente habrán de fijar las cuestiones litigiosas en las alegaciones; si las partes no han delimitado la controversia serán los árbitros los encargados de hacerlo.

B) Estudio de la jurisprudencia panameña

En la indagación de corrección de estas incoherencias, se recurrirá a la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal o que no sea susceptible de arbitraje. En caso de el cuestionamiento se oriente a la omisión, *infra petita*, la SCJ ha elaborado una peculiar construcción para justificar su rechazo. Concretamente en el asunto *Grupo Capital Factoring, S.A.* afirmó que

“Debemos en primer lugar, aclarar que las causales de anulación del laudo arbitral que regula nuestra legislación, específicamente las contempladas en el art. 34 del Decreto Ley 5 de 1999, son de forma y no de fondo, es decir, guardan relación con la forma en que se desarrolla el proceso arbitral y si éste se ajusta a lo que quisieron las partes al expresar su voluntad en el acuerdo o convenio arbitral, por un lado y por el otro, si el proceso arbitral y el laudo no violó el orden público o el orden público internacional, en el caso de que se trate de un arbitraje internacional.

En otras palabras, las causales de anulación no están dirigidas a dejar sin efecto un laudo arbitral por el hecho de que los árbitros no resolvieron la controversia de acuerdo a la pretensión, posición o interés de las partes dentro del proceso; por el contrario, las causales de anulación buscan verificar si la emisión del laudo no se ajustó al acuerdo celebrado por las partes, o si el laudo es contrario al orden público”³¹⁸.

Vinculado con lo anterior está la cuestión de la fijación de las costas procesales en el laudo arbitral. En el asunto *Servicios y Recreaciones, S.A.* se esgrimió con causa de anulación que la emisión del laudo no se había ajustado a lo dispuesto en el art. 29 del Decreto ley 5/99 por no

³¹⁸ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de septiembre de 2008 (*Grupo Capital Factoring, S.A., Fenso Corporation, Itadca Invesment, Ltd., Lysons Corporation y h.a.a.g. Holding Cocontra Karikal Investment, S.A.*).

haber fijado el tribunal arbitral la condena en costas contra la demandada por no haberse apreciado mala fe en su actuación. Sin embargo, la CSJ tras examinar la cláusula de arbitraje entendió que de ella se infería, ostensiblemente, que las partes no habían pactado ningún punto donde se hiciera referencia a la condena o no en costas a la parte vencida dentro del proceso, por tanto, “mal podrían las partes pretender que mediante la presente causa se otorgue un derecho no suscrito por ellas al momento de establecer el compromiso arbitral”. Además, según la CSJ, las partes habían designado al CECAP como institución administradora “sin hacer mención del mecanismo de pago de los gastos y costas del proceso, dejando a la libre interpretación de los árbitros lo referente a este tema, lo cual se ajusta al principio de autonomía de la voluntad y a la fuerza obligatoria de la misma. Por último, con referencia al art. 29 de la LPA la Corte determinó que

“De la norma transcrita se colige que los árbitros poseen la competencia para decidir sobre la aplicación o no de las costas del proceso en la forma que estimen convenientes, siempre que las partes no hayan acordado previamente el mecanismo para ello o bien si el reglamento aplicable no lo regula de otro modo”³¹⁹.

Otro caso donde hay participación del órgano judicial, es cuando una parte presenta la demanda y el juez que conoce la misma advierte la existencia de una cláusula arbitral.

³¹⁹ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 2 de marzo de 2011 (*Servicios y Recreaciones, S.A. contra Magic Game*). Reiterando la doctrina sentada en las sentencias de 13 de mayo de 2008 (*Grupo de Corretaje y Asesoría de Seguros, S.A. (Grupo CAJ, S.A.) contra L.R. Ducruet & hijos, S.A.*) y de 31 de diciembre de 2009 el presente falló determinó que: “no resulta conveniente pactar en las cláusulas de sometimiento arbitral puntos como la obligante condena en costas para la parte vencida en el proceso, pues estaríamos limitando a los árbitros al momento de fallar, más si se trata de un arbitraje en equidad en el cual debe prevalecer el leal saber y entender de los árbitros”.

6. *Controversia no arbitrable*

La arbitrabilidad, la autonomía del convenio arbitral y la competencia/competencia, son nociones básicas del Derecho del arbitraje cuyo significado, más allá de su núcleo esencial, resulta impreciso y a menudo controvertido. La arbitrabilidad de las controversias no ofrece un carácter homogéneo en virtud de los distintos criterios que se emplean para determinarla y en virtud de las diferentes posiciones doctrinales en presencia que han dado lugar, muchas veces, a posturas irreconciliables. En efecto, la doctrina y la práctica internacional muestran la diversidad de sentidos empleados por el correspondiente órgano competencial, sea éste judicial o arbitral, que ha tenido como misión decidir sobre ésta. Es importante tener en cuenta que la propia evolución cuantitativa del arbitraje ha venido acompañado de su progresiva extensión a materias “sensibles”, en tanto que susceptibles de incidir sobre el interés general o de terceros (Derecho de la competencia, Derecho de sociedades, Derecho concursal, propiedad industrial, contratos celebrados por consumidores, contratos de trabajo, etc.), sin que esta expansión haya empañado la confianza y el soporte que los poderes públicos prestan al arbitraje³²⁰.

Ahora bien, cada Estado decide soberanamente que materias pueden ser objeto de arbitraje, por lo que para trascender a la arbitrabilidad de la controversia internacional primero hay que buscar en cada sistema jurídico, en particular, los límites, refrendados por el orden público en la arbitrabilidad³²¹.

Por eso resulta adecuado referirse a las distintas acepciones de la arbitrabilidad, que en este caso distingue a la arbitrabilidad según la valoremos en sede arbitral, fase negocial, como presupuesto del procedimiento de arbitraje en su conjunto, requisito de validez y eficacia del

³²⁰ Vid., por todos, N. Bouza Vidal, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371 ss.

³²¹ Cf. M. Requejo Isidro, “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. XI, 1995, p. 44.

convenio arbitral y presupuesto de la competencia de los árbitros en el examen que éstos hacen de su propia competencia.

Como hemos visto, la inarbitrabilidad de la controversia, la ilicitud y la incapacidad, en el sentido de que éste no haya sido aceptado por ambas partes, o por partes incapaces, determinan la nulidad del convenio. La arbitrabilidad como tal se regula también de manera separada en los distintos ordenamientos nacionales de las cuestiones de legitimidad o capacidad de los sujetos intervinientes en la relación arbitral. Para P. Level, los derechos disponibles son arbitrables y un derecho es disponible cuando se encuentra bajo el dominio total de su titular, el cual puede enajenarlo y renunciar a él. Dicho autor procedió a realizar la siguiente clasificación. En primer lugar, entre los “derechos definitivamente indisponibles”, que son inarbitrables, figuran el estado y la capacidad de las personas. En segundo lugar, entre los “Derechos parcialmente disponibles”, están los derechos pecuniarios nacidos del Derecho patrimonial de familia, por ejemplo el *quantum* de una pensión alimentaria, en materia de sucesiones, una sucesión abierta y también de régimen matrimonial. También realiza una precisión entre los Derechos indisponibles si el derecho es “eventual” y disponibles si el derecho es “nacido y actual”. Precisión fundamental que se traerá más tarde a colación en las condiciones generales de contratación³²².

En el caso de que el objeto de la controversia no sea arbitrable conforme a la ley panameña, esta cuestión deberá ser observada de oficio por el tribunal que conoce del recurso de anulación; es decir, la Sala Cuarta de Negocios Generales. De igual forma, esta causal prevista en el art. 34.2° LAP constituirá un motivo de denegación para el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera en la medida en que ésta sea incompatible con el orden público del foro³²³. En efecto, los

³²² P. Level, “L’arbitrabilité”, *Rev. arb.*, 1992, núm. 2, pp. 213–241, esp. p. 219.

³²³ Para ambos casos, es necesario tener bien claro el concepto de orden público que la Corte Suprema de Justicia panameña ha definido de la siguiente manera: “Es el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de, ésta, no pue-

árbitros no pueden decidir sobre todo tipo de cuestiones, puesto que carecen del poder que nuestra Constitución otorga a los jueces y tribunales de juzgar y ejecutar lo juzgado, poder que emana del pueblo; la facultad jurisdiccional de los árbitros se encuentra delimitada por lo dispuesto en el convenio arbitral y por la arbitrabilidad de la materia.

Por lo tanto, el art. 41.1º.e) LA establece como causa de anulación del laudo, que éste resuelva cuestiones no susceptibles de arbitraje. Se trata de una causa de anulación directamente relacionada con lo previsto en el art. 2.1º LA, que establece que “...son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho...”. Este inciso se relaciona con el objeto que pueden conocer los árbitros. Los conflictos intersubjetivos que con el arbitraje pueden solucionarse han de ser de naturaleza disponible, esto es, han de centrarse en cuestiones sobre las que las partes puedan disponer válidamente, conforme a derecho, ya que cuando posean la totalidad de los derechos subjetivos materiales que se disputan en la controversia y, por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad, deberá de acudirse obligatoriamente al proceso para alcanzar la solución del conflicto. Conviene precisar que el rechazo al arbitraje no se debe a la intrínseca indisponibilidad del derecho, sino a la decisión expresa del legislador. Las razones que justifican esta medida pueden ser la relevancia socioeconómica del objeto litigioso o la necesidad de un aseguramiento de los derechos de terceros potencialmente afectados por la resolución.

Finalmente, es preciso realizar una clarificación general que concierne directamente a estas causas: una cosa es la arbitrabilidad en general de una controversia internacional y otra muy distinta que el orden público permita dicha arbitrabilidad, lo que en definitiva, en caso negativo, determinará la inarbitrabilidad total que es la única concluyente a efectos prácticos.

den ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso por la aplicación de normas extranjeras” (Sala de Negocios Generales, fallo de 16 de marzo de 2001)”

7. *Laudo contrario al orden público*

A) Configuración de la noción

El orden público trasciende ampliamente de la institución arbitral operando en todos los aspectos de las relaciones jurídicas y su actuación en el arbitraje es sólo una de sus ramificaciones, que por ende deviene cada vez más trascendental³²⁴ en función, esencialmente, a su carácter mutante³²⁵. Como pusieran de relieve J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “La falta de unicidad en la función y el significado del orden público en cada uno de los sectores del Derecho conforma una pluralidad de acepciones del mismo: orden público constitucional, administrativo, penal, procesal, u económico, que dificulta enormemente la apreciación de su verdadero significado en un concreto precepto”³²⁶. Más concretamente, en el Derecho de las obligaciones y de los contratos, el orden público es un límite que no puede atravesar el amplio poder dispositivo de la autonomía de la voluntad de las partes, que a la vez, constituye uno de los presupuestos de la existencia de la institución de arbitraje.

Ahora bien, el contenido del orden público no se limita exclusivamente al ámbito de la protección constitucional de los derechos fundamentales; dichos derechos se configuran no solamente a partir de los textos constitucionales sino, de manera esencial de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de ámbito mundial como de ámbito regional³²⁷. Puede afirmarse que el orden público incorpora un

³²⁴ B. Dutoit, “L’ordre public: caméléon du droit international privé?. Un survol de la jurisprudence suisse”, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455–472.

³²⁵ La explicación de un orden público esencialmente mutante según las distintas necesidades y concepciones históricas en A.M^a Lorca Navarrete y J. Silguero Estagnan, *Derecho de arbitraje español. Manual Teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid, Dykinson, 1994.

³²⁶ Cf. J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Comentario al art. 12. 3 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I. vol. 2, 2.^a ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 901–903

³²⁷ C. Ambrose, “Arbitration and the Human Rights Act”, *loc. cit.*, pp. 468 ss.

mínimo de valores y principios jurídicos que son considerados inherentes a un determinado sistema para el cumplimiento de la justicia.

Si descendemos al ámbito del arbitraje el examen de la jurisprudencia de los tribunales de justicia en orden a la anulación de los laudos arbitrales ofrece posiciones muy variables y, en todo caso, el recurso a una concepción omnicomprendensiva de la noción de arbitraje, en la que puede incluirse todo aquello que la justicia estatal considere oportuno para proceder a la anulación del laudo: cuestiones de procedimiento, arbitrabilidad, exceso de competencia de los árbitros, etc. Existen sin embargo ciertos sistemas, la mayor parte del *common law*³²⁸ que tiene la tendencia a utilizar un concepto restringido y estricto del orden público tanto con carácter general como en lo que concierne a su proyección en el capítulo relativo a la anulación de los laudos arbitrales³²⁹.

A partir de aquí, y la jurisprudencia panameña que se examinará con detenimiento en los capítulos III y IV de la presente tesis de doctorado, permite utilizar la noción de orden público contra laudo arbitral sobre la base de que este sea contrario a los principios y valores que defiende la constitución. A partir de aquí la jurisprudencia tiende a configurar una noción específica de orden público del sector que estamos considerando a partir de la violación de los principios rectores del procedimiento arbitral, audiencia, contradicción o igualdad, o cuando supuestamente existe un atentado a los derechos de defensa de una de las partes. Esta noción se enriquece con la referencia a medios de prueba inadecuados utilizados por los árbitros, o que el laudo arbitral haya sido pronunciado en manifiesto fraude de procedimiento.

Al lado esta desviación jurisprudencial es inevitable acudir aquí a la tradicional distinción entre orden público interno y orden público internacional; una distinción que es clásica en las construcciones dogmáticas

³²⁸ Ch. Borris, "Common law and Civil law: Fundamental Differences and their Impact on Arbitration", *Arbitration*, 1994, pp. 78–85

³²⁹ Incluso J. García de Enterría acusa a la excepción de orden público de ser el "enemigo" del arbitraje internacional, cf., "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", *L. & P. Int'l Bus.*, vol. 21, 1990, pp. 405 ss.

propias del derecho internacional privado y que se han proyectado de manera casi automática al marco del arbitraje comercial internacional³³⁰. Basta recordar que en el planteamiento dogmático se apunta la existencia de tres niveles diversos de orden público que pueden ser utilizados con mayor o menor fortuna a lo largo del procedimiento arbitral: el nivel relativo al orden público interno, el nivel relativo al orden público internacional, y el nivel relativo a un supuesto orden público transnacional³³¹. Pero aunque la construcción sea sugestiva desde el punto de vista dogmático debe tenerse muy en cuenta que los niveles apuntados no ofrecen la misma intensidad en la materia que estamos examinando. Desde la perspectiva del orden público interno, este se considera en sentido amplio como un cúmulo de valores íntimamente ligados a la concepción política, económica o social del Estado, en un momento determinado, que materia de contratación nunca podrán ser alterados por obra de las partes; en este caso los jurisdicción estatal actúa validando que laudo arbitral esté acomodado a esos principios y valores pues, en caso contrario, podrían proceder a su anulación

Por último, el límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas, y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*. La concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas³³².

³³⁰ K. Murphy, "The traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law", *Georgia Journ. Int'l & Comp. L.*, vol. 11, 1981, pp. 591–615

³³¹ A. Broches, "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Discussion), *Am. Soc. Int'l L.*, 1987, pp. 379–380;

³³² G. Cordero Moss, *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, Tano Aschehoug, 1999

B) Examen de la práctica panameña

Cabe anotar que hasta ahora han sido rechazados varios recursos de anulación interpuestos ante la Sala IV de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, contra laudos dictados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. En el primero de ellos, resuelto mediante fallo de 16 de marzo de 2001, se invocó como causal de impugnación la incompatibilidad de la sentencia con el orden público panameño, y que la Corte descartó, denegando el recurso toda vez que consideró que la pretensión resuelta por el laudo arbitral se refería a un asunto netamente particular que de ninguna manera vulnera el concepto de orden público; mediante fallo de 4 de mayo del 2001, esta Magistratura deniega el segundo recurso de nulidad que se sustentó en esta misma causal de impugnación; en fallo de 29 de junio de 2001, la Corte volvió a denegar otro recurso de anulación, toda vez que la parte que lo interpuso, no logró probar las causales aducidas, referentes a vicios del consentimiento, a la indebida constitución del Tribunal Arbitral y del procedimiento, así como la incongruencia entre el contenido del laudo y el convenio arbitral; el 30 de agosto del mismo año, la Sala IV de Negocios Generales deniega nuevamente otro recurso de nulidad fundado en la infracción del orden público, ya que, a consideración de esta Sala, dicho recurso “implica un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del laudo, pronunciamiento que es de competencia privativa del Pleno de la Corte Suprema de Justicia”.

Similar doctrina, sostenida hasta entonces, por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, se mantuvo en las sentencias de 7 de septiembre de 2001, 25 de septiembre de 2001 y 9 de octubre de 2001 respectivamente. En ellas, esta Colegiatura sustentó categóricamente su denegación a los recursos de nulidad interpuestos, ante la falta de pruebas de las causales de impugnación invocadas, sean estas: la violación del orden público panameño, la falta de notificación en debida forma del inicio del proceso de arbitraje, vicio en la constitución del Tribunal Arbitral e incongruencia del laudo con el contenido del

acuerdo arbitral. El orden público comprende las normas y principios que defiende los intereses de la colectividad y que garantiza la convivencia en sociedad, busca la seguridad social y colectiva, donde se destacan los principios de justicia y moral que deben regir en todo Estado; además de concebirse como los principios fundamentales estipulados en la Constitución y las leyes.

Sin duda la causal de orden público es la más abarcadora, y se presta a erradas interpretaciones o aplicaciones al momento de su sustentación. En sentido amplio debe entenderse que, un laudo es contrario al orden público cuando se vulneran derechos y libertades señaladas en la Constitución Panameña y las leyes, así como las normas de seguridad y convivencia social³³³. Es importante destacar que, en materia de orden público, puede darse el caso que la Sala entre a valorar el fondo del laudo para determinar si en efecto se violan las causales invocadas, lo que no significa que se entra a decidir sobre el fondo de la controversia.

El orden público se concibe en este apartado como el “conjunto de instituciones y reglas destinadas en un país al buen funcionamiento y moralidad de las relaciones entre particulares, y cuya aplicación en las convenciones no puede ser en principio excluida por los contratantes”. De lo anterior se concluye que el orden público comprende las normas y principios que defiende los intereses de los particulares y que garantiza la convivencia en sociedad, busca la seguridad social y colectiva, donde se destacan los principios de justicia y moral que deben regir en todo Estado; además de concebirse como los principios fundamentales estipulados en nuestra Constitución.

Con pusiera de relieve la CSJ en el asunto *Aon Limited*:

“Sobre este aspecto en particular, cabe considerar que uno de los elementos que integran el orden público internacional es el debido proceso que se consagra en diversas fuentes del Derecho, como son los Tratados ratificados por la República de Panamá, que conllevan la obligación estatal de honrar sus compromisos ante sus iguales y ante los organismos a nivel internacional relacionados con es-

³³³ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 5 de julio de 2010 (*Hopsa, S.A. contra M2 Panama Inc.*).

tos temas. Ese deber fundamentado en la Constitución Política, específicamente en el art. 32 y en Tratados Internacionales ratificados por Panamá (...), contiene normas sustantivas y procesales; por cuanto forman parte del orden público Internacional de Panamá.

Si conforme al art. 32 de la Constitución Política “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales”, es evidente que en el caso particular, la garantía citada no ha sido vulnerada, pues el laudo que se pretende anular fue dictado por un tribunal arbitral competente y debidamente constituido, previo desarrollo y cumplimiento de los trámites legales, tal como ha sido constatado, al examinarse y descartarse cada una de las causales de anulación que antecedieron”³³⁴.

La CSJ ha abundado en esta cuestión con ocasión del recurso de anulación presentado por la *Fundación Raznher*. Para la Corte

“Se viola el orden público, cuando se ejecuta un acto que es contrario a los principios fundamentales de interés general que gobiernan un Estado, principios que básicamente se encuentran recogidos en la Constitución Política y en otras normas de inferior jerarquía, que el legislador les ha otorgado el carácter de normas de orden público, precisamente para proteger el interés general de la colectividad”³³⁵.

La práctica panameña no registra excesivos supuestos en que se aprecia la nulidad del laudo por motivos de orden público. Como excepción cabe referirse al asunto *Equipos y Maquinarias Panedi, S.A.*, en que la CSJ consideró que la subrogación de derechos efectuados por una empresa había supuesto la pérdida de legitimidad para interponer proceso arbitral, constituía una situación jurídica contraria al orden público³³⁶.

Sin embargo, el carácter reducido de las causales contempladas en el art. 34 del Decreto ley 5/99 ha obligado a acudir al orden público cuando la notificación de la existencia de un arbitraje ha tenido carácter defi-

³³⁴ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 1 de febrero de 2012 (*Autoridad del Canal de Panama contra Aon Limited*).

³³⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de marzo de 2009 (*Fundación Raznher y otros contra Banco Atlántico Panamá, S.A., ahora Banco General, S.A.*).

³³⁶ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 8 de septiembre de 2008 (*Equipos y Maquinarias Panedi, S.A. / Alquileros y Ventas Panedi, S.A. contra Acueductos y Alcantarillados Nacionales, IDAAN*).

ciente y así en el asunto *Parienti* la CSJ consideró que dicha notificación se había llevado a cabo contraviniendo preceptos legales y constitucionales, lo que es contrario al orden público, configurándose de esta manera la causal de nulidad invocada y establecida en el numeral 2 del referido art. 34³³⁷.

V. Laudos arbitrales pronunciados en el extranjero

1 Características del control del juez del executur

El arbitraje no es una institución que opere autónomamente sin ningún tipo de cortapisas. Los Estados conservan un considerable poder a través de su regulación en la normativa interna y en los tratados internacionales. En lo que respecta a su dimensión internacional cabe retener, con carácter complementario, que la última palabra la tiene la jurisdicción estatal que está en disposición de rechazar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral si éste no se ajusta a los valores considerados fundamentales por su sistema nacional. Semejante poder confiere al Poder Judicial de los Estados la posibilidad de supervisar, en último lugar, la práctica arbitral y el Derecho sustantivo que forman las bases de las decisiones arbitrales³³⁸. La efectividad del arbitraje depende en última instancia de que los laudos dictados en procedimientos arbitrales puedan ser reconocidos y ejecutados de manera oportuna. De poco serviría que las partes de una disputa hayan elaborado un buen convenio arbitral, hayan seleccionado árbitros idóneos y que éstos hayan resuelto acertadamente un conflicto, si su resolución no puede ser cumplida³³⁹.

³³⁷ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 20 septiembre 2006 (*L.J.-M. Parienti contra A.T.T.T. y el Estado Panameño*).

³³⁸ B. Leurent, “Réflexions sur l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1996, pp. 181–208.

³³⁹ J.A. Cremades, “El executur de laudos extranjeros”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 1, 2008, pp. 57–74.

La función del procedimiento de *execuátur* es convertir en laudo pronunciado en el extranjero en un título ejecutivo susceptible de ser ejecutado en Panamá el contenido o fallo de la decisión extranjera. En consecuencia si el condenado no cumple con lo ordenado en la decisión homologadora la parte a quien interese puede instar a que los tribunales españoles para que procedan a su ejecución.

El extensión del control de las jurisdicciones estatales del laudo arbitral internacional centrado de manera exclusiva en el orden público, implica un obstáculo a la estrategia de alcanzar una armonía entre la voluntad de los Estados, naturalmente llamados a controlar el laudo. Durante muchos años se ha estimado que el laudo extranjero era un intruso, no sólo por ser internacional o extranjero, sino por haberse emitido en un contexto de de justicia no-estatal. También ha existido un enfrentamiento hacia la voluntad inicial de las partes de escapar, no sólo del control nacional del laudo, sino también de aquel de la propia justicia pública, en todos los sentidos, a través del mecanismo que supone el recurso al arbitraje comercial internacional. Si estas manifestaciones ganan terreno, un incremento injustificado de control judicial puede desanimar a los operadores económicos que utilizan el arbitraje, y por extensión natura, a toda la comunidad de empresarios y operadores internacionales susceptibles de ser sus posibles destinatarios, de acudir al mismo. De este modo los jueces estatales se transformarían ineludiblemente en aduaneros de los laudos arbitrales internacionales.

Los peligros apuntados no se han generalizado en ningún caso y los jueces estatales han tenido muy pocas ocasiones y contados motivos para anular o rechazar el reconocimiento de los laudos pronunciados en el extranjero. Desde una posición pro-arbitraje se apunta a que semejante proceder constituye una prueba elocuente de la buena actuación de los árbitros internacionales en las fases precedentes y, sobre todo, en lo que se refiere a la confirmación fáctica de que los árbitros internacionales son especialmente diligentes en conseguir la eficacia de las sentencias arbitrales. En una afirmación a todas luces excesiva.

El reconocimiento de los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero tiene como finalidad única que el órgano jurisdiccional panameño reconozca la fuerza legal de dichas decisiones, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. El proceso de execuátur no tiene por objeto el examen de lo ya juzgado ni el análisis del proceso, sino el cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley panameña establece para su concesión. Precisamente el execuátur se fundamenta en la circunstancia de que la jurisdicción emana de la soberanía y como esta tiene por límite el territorio sobre el que se ejerce, el laudo solo produce efectos jurídicos dentro de ese territorio. La cooperación judicial internacional ha impuesto la necesidad de reconocer y otorgarle efectos a un laudo pronunciado en el extranjero.

El execuátur implica la homologación del aludo pronunciado en el extranjero y a este respecto la Convención de Nueva York de 1958, que estudiaremos más adelante, parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. En efecto, aunque el mencionado Convenio no incorpora un sistema de reconocimiento automático, parte de un principio favorable a dicho reconocimiento y ejecución, e inclusive doctrinalmente se ha indicado que parte de un sistema de homologación cuya piedra angular se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia de la sentencia arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, pero desplazando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir. En consecuencia, el CNY de 1958 viene a imponer el reconocimiento de los laudos arbitrales que reúnan los requisitos establecidos en su arts. II y IV, es decir, el solicitante debe aportar el original o copia auténtica del acuerdo o compromiso arbitral así como el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad,

2. *Marco normativo*

A) Antecedentes

El Dr. Ricardo J. Alfaro, es sin duda la fuente más autorizada, para aclarar la intención o el espíritu del Código Judicial por ser su autor. En esta materia nadie pone en duda su indiscutible autoridad para aclarar si es o no requisito indispensable, someter las sentencias arbitrales a la formalidad del *execuátur*. Es pertinente señalar a este respecto que en Agosto de 1970, el Dr. Jorge E. Illueca apoderado de una de las partes en un litigio sometido a arbitraje ante los miembros de la comunidad hebrea en Bogotá, República de Colombia, consultó la opinión del Dr. Ricardo J. Alfaro acerca de la decisión proferida (conforme a compromiso arbitral pactado entre Mordco Peicher, por una parte, y los hermanos Zelman, Abraham, Saul y Welter Kardonski, por la otra), en torno así el laudo emitido en Bogotá por el tribunal constituido por los litigantes conforme a compromiso celebrado bajo jurisdicción panameña, debía ser sometido a *execuátur* para su cumplimiento en Panamá. La docta opinión del Dr. Alfaro, gran maestro de Derecho procesal, y sin duda alguna el jurisconsulto y humanista panameño de mayor relevancia en el presente siglo, no sólo esclarece de modo incontestable la cuestión, sino que constituye una de las más valiosas contribuciones a la ciencia jurídica panameña y al Derecho internacional privado de nuestro tiempo. Consciente de que el dictamen de Alfaro no debe hurtarse al conocimiento de los profesionales del derecho, por su singular adecuación a este asunto, me propongo examinar a continuación los certeros conceptos del eminente codificador acerca de si la ley panameña se formuló con la intención o el propósito de sujetar los fallos arbitrales procedentes del extranjero a la formalidad del *execuátur* para su cumplimiento en Panamá. La invocación de su pensamiento en estas circunstancias, corresponde además a un tributo que las nuevas generaciones de juristas le deben a quien tanto hizo por la causa de la cultura y del Derecho en el ámbito nacional e internacional.

El Dr. Ricardo J. Alfaro en el dictamen jurídico que emitió en el arbitraje Peicher–Kardonski, sostuvo que no podía, haber lugar a *execuatur* “cuando se trata de un juicio seguido y una sentencia dictada fuera de la jurisdicción judicial”, como lo es el juicio ante árbitros o arbitradores. Al decir “jurisdicción judicial” Alfaro se refirió naturalmente, a la jurisdicción de los jueces ordinarios. En el mismo caso el Dr. Hernando Devis Echandía adujo que había contradicción entre los términos “juicio arbitral, y “fallo arbitral” y la afirmación de Alfaro –que éste reiteró firmemente– de que los juicios arbitrales se siguen fuera de la jurisdicción judicial. Afirmaba Devis Echandía que había contradicción, porque lo uno excluye lo otro. A juicio de Alfaro no hay tal exclusión, porque jurisdicción judicial y jurisdicción arbitral son dos jurisdicciones distintas y en cada una de ellas hay juicio y hay fallo. Así lo demuestra Manresa –citado por Alfaro– cuando dice que “en el juicio arbitral lo que hacen las partes al someter sus diferencias a aquél, es prescindir de la jurisdicción ordinaria para entregarse a la de los árbitros” (comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo IV, p. 1441).

Mediante un examen profundo de los antecedentes, propósitos, naturaleza y circunstancias del arbitraje Peicher–Kardonski, Alfaro concluye en su dictamen que “no hay lugar a someter el laudo proferido en el mismo al procedimiento de *execuatur* otorgado por la Corte Suprema de Justicia”.

Alfaro, en armonía con su idea central de que, la mente humana rechaza instintivamente todo aquello que es contrario a la realidad física o moral de las cosas”, vierte en su dictamen conceptos lógicos, éticos y jurídicos que engarza en una serie de premisas y silogismos que armonizan con la más perfecta expresión de su extraordinario pensamiento. A continuación y con el propósito de no romper la admirable y fluida coherencia de sus razonamientos, se reproduce textualmente una de las partes relevantes de su dictamen, para beneficio de los estudiosos de la materia.

Tras este antecedente debemos retener que en materia de ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (Libro 2º, Título X,

Capítulo III del Código Judicial) la ley panameña”, no tuvo ni ha tenido jamás la intención ni el propósito de sujetar los fallos arbitrales procedentes del extranjero a la formalidad del executur para su cumplimiento en Panamá. La ley guarda sobre el particular un silencio que es excluyente, porque el órgano judicial no tiene potestad para legislar allí, donde el legislador dejó de hacerlo. El Código fue formulado, discutido y adoptado sin que la Comisión tuviera en su mente más idea que la de legislar respecto de sentencias dictadas por los tribunales ordinarios de países extranjeros y no por tribunales arbitrales, que son cosa enteramente distinta. Esta falta de intención y de precepto acerca de fallos arbitrales y el hecho de que el Código de 1916 sólo tenía en mira sentencias de tribunales ordinarios quedaron evidenciados cuando la Ley 61 de 1946, en su artículo 74 estatuyó:

“La Corte Suprema conocerá privativamente y en una sola instancia de los asuntos siguientes:

13. De las resoluciones judiciales pronunciadas en países extranjeros, para el efecto de decidir si pueden o no ser ejecutadas en la República de Panamá”.

Por mucho que las resoluciones emanadas de los tribunales ordinarios y de los arbitrales tengan efectos similares; por claro que sea el carácter de jueces temporales que tengan los árbitros, y por iguales que sean en sus fines las funciones de éstos y las de los jueces ordinarios, es un hecho irrefutable que, así en el lenguaje jurídico como en el habla corriente, cuando se emplea el adjetivo judicial lo que se tiene en mentes es —como expresa en términos equivalentes la Real Academia Española— “lo relativo al juicio o a la administración de la justicia; y lo que se hace en juicio o por autoridad de justicia”.

La denotación de arbitral, la idea de arbitraje, no entra en el concepto de lo judicial porque las dos cosas son distintas. Cuando en el lenguaje corriente se habla de administración de la justicia internacional, nadie pretende incluir en ese concepto el arbitraje internacional por más que tengan un mismo fin la Corte Internacional de Justicia y la Corte permanente de arbitraje.

En el Código de Bustamante de 1928 se ha contemplado la existencia de sentencias expedidas por árbitros, si la materia es arbitrable según la ley del país en que la ejecución se solicite. En consecuencia, se puede decir que desde tiempos pasados se ha contemplado la figura. Los requisitos que se exigen coinciden con los principios establecidos en el Tratado de Montevideo de 1889. Con posterioridad la Ley 11 de 1975 aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional auspiciada por la CIDIP.

B) Configuración del executur

En el sistema panameño los laudos arbitrales se dividen en nacionales e internacionales³⁴⁰ y el Decreto ley 5/99 prevé que los laudos extranjeros no son susceptibles de recurso de anulación no así los laudos nacionales. Con carácter previo a la reglamentación hoy en vigor la Corte Suprema de Justicia, si bien ha mantenido criterios discrepantes en la interpretación de las normas que regulaban el executur siempre coincidió, tras la derogada Ley 47 de 1956, que le asignaba desde aquel entonces competencia privativa a la Sala Cuarta de Negocios Generales para examinar las resoluciones judiciales pronunciadas, en país extranjero, a fin de exequaturizarlas o no. Evidentemente que la facultad de examinar las resoluciones judiciales y arbitrales pronunciadas en país extranjero conferida a esta Sala, no está limitada a la realización del trámite de executur que deben seguir las resoluciones extranjeras que ponen fin al proceso, sino que también implica la evaluación de la posible eficacia que puedan tener en territorio panameño, otro tipo de resoluciones extranjeras o actuaciones que en nuestro ordenamiento interno exige diligencia judicial y que no sean precisamente sentencias ni autos que ha-

³⁴⁰ G. Boutin Icaza, “La anulación del laudo arbitral por desnaturalización de su carácter internacional”, *Garantías mobiliarias: in memoriam Inicencio García Velasco*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, pp. 436–440; *id.*, “Distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional en la legislación panameña”, Primer ciclo de conferencias de arbitraje comercial transnacional: “Un encuentro de alto nivel que traspasa fronteras”, Estudio Jurídico Arauz, Panamá, 25 de junio 2010, p. 6.

gan concluir el proceso. Sobre el particular la Corte Suprema mediante fallo de 29 de julio de 1966 expresó que:

“... las disposiciones que regulan la materia no autorizan ningún recurso contra las resoluciones mediante las cuales se conoce o niega el executur para ejecutar resoluciones extranjeras en el territorio de la República, toda vez, que lo dispuesto en el art. 589 del Código Judicial, ha quedado sin efecto al atribuirse en forma privativa, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia todo lo relacionado con la ejecución de resoluciones extranjeras en el país, numeral 3° del art. 30 de la Ley 47 de 1956”.

Un buen ejemplo del modelo lo executur lo ofrece la Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de 20 de diciembre de 1995 (*Spector Shipping, S.A. / Krossforn, Inc.*) que en aplicación de la CNY y del art. 1411 Código Judicial declaró ejecutables dos laudos pronunciados en Londres, efectuando, para ello, un examen minucioso de los requisitos establecidos por la referida Convención.

La configuración del arbitraje en la jurisprudencia panameña cuenta con numerosos precedentes entre los que cabe destacar el aportado por la Sentencia CSJ (Pleno), Sala Cuarta de Negocios Generales, 15 de enero de 1997 (*G.G. Survivor Credit Corp. contra Nessim Dabah y Gypsy Imports, Inc*) (Ponente Arturo Hoyos)

“La institución del executur, tiene en sí una serie de connotaciones en el interior de su mecánica, se corrobora por la participación no tan solo de la Corte Suprema de Justicia, encargada de verificar la resolución extranjera (Sentencia o toda resolución que pone término a un proceso), sino también asocia esta tarea la ley al Ministerio Público a fin de que represente el interés público más no un interés público al nivel acostumbrado de Derecho Interno. Este órgano colaborador debe verificar la posible correspondencia e identidad del Derecho Interno con el Derecho internacional. Sin intención de confundir estos dos órdenes, nos permitimos manifestar que el orden público internacional, a diferencia del orden público interno, no es general, es casuístico y por consiguiente debe decretarse en cada caso cuando así lo amerite.

Siguiendo este orden de ideas, resulta que desde el momento que es invocado el orden público internacional, el cual actúa como una excepción u oposición a la aplicación de una ley extranjera incoada dentro de una sentencia extranjera a ejecutarse en nuestro país, deberá concordar con la concepción de orden público interno para que sea admitida en todas sus partes por nuestra alta jurisdicción.

El *execuátur* es un instrumento de control judicial sobre los efectos jurisdiccionales de una decisión extranjera, la cual puede emanar tanto de una jurisdicción de un Estado soberano como también de una jurisdicción privada arbitral, o bien de un organismo internacional como la Corte Internacional de Justicia, la cual es asimilada a la de los Estados soberanos como sujeto de Derecho internacional.

Constituyendo el *execuátur* un mero control, ella se limita a verificar la forma de la sentencia, por lo tanto, no tiene por finalidad hacer una revisión de fondo del proceso. El ejercicio del control va dirigido exclusivamente a verificar la competencia y la notificación del demandado o de la parte afectada, así como su legalidad formal, constituida por los requisitos previstos por la ley local³⁴¹.

C) Régimen legal y convencional

El art. 63 del Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999, derogó las normas del Código Judicial en lo relacionado a la materia de arbitraje, dicho artículo establece que

“Este Decreto Ley deroga los artículos 1409 (actual 1419) al 1411 (actual 1421) del Código Judicial en lo que se refiere a laudos, sentencias arbitrales extranjeras; deroga en su totalidad los arts. 1.412 al 1.445 del mismo código, los artículos 558 y 559 de la Ley 8 de 1982, la Ley 6 de 12 de julio de 1988 y demás disposiciones que le sean contrarias”.

Y con carácter complementario, el art. 39.1° del Decreto-ley 5/99 efectúa una remisión a los tratados internacionales: “Los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad a los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el presente Capítulo”. Queda por decir que la primacía de los tratados internacionales resulta indiscutible en la materia que vamos a estudiar a continuación³⁴², lo que nos conduce, inexorablemente, a que problemas propios del Derecho de los tratados devoren

³⁴¹ <http://vlex.com.pa/vid/ejecucion-extranjera-negocios-generales-31657227>.

³⁴² J.C. Fernández Rozas, “La primacía de los tratados internacionales en el *execuátur* de sentencias arbitrales extranjeras”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 11–29.

las más de las veces los problemas derivados de la interpretación y aplicación de las normas de Derecho material que incorporan³⁴³.

De esta suerte el procedimiento de execuátur previsto en el Capítulo VI del Decreto ley 5, es un procedimiento supletorio que tiene que ceder ante la existencia de Convenios Internacionales que regulan la materia entre los Estados involucrados. Dichos convenios son, en primer lugar, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, establece que dicha “Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias”; también establece en los arts. IV y V el procedimiento a seguir para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. En segundo lugar, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Denominada Convención de Panamá de 1975), que es Ley de la República de Panamá (Ley 11 de 23 de octubre de 1975), sobre la ejecución de laudos arbitrales, que en su art. IV establece: “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la Ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución y reconocimiento podrá exigirse de la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establecen al respecto los tratados internacionales”.

La Convención de New York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras a la que Panamá se adhirió el 29 de abril de 1977 y que un sistema similar al del art. 41 Decreto ley 5/99 en orden a la determinación de las condiciones exigidas para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. A partir de aquí la

³⁴³ No puede ser más ilustrativo de la inversión de los términos referidos el curso de A. Remiro Brotóns, que a propósito de estudiar una de las “más complejas instituciones del arbitraje comercial internacional, deriva en un extraordinario ejercicio de aplicación del Derecho de los tratados (*Vid.* “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *Recueil des Cours*, t. 184, 1984, pp.169–354.

principal fuente reguladora del executur de laudos arbitrales extranjeros es la referida Convención. En Panamá –al no formularse reserva alguna al Convenio–, aquel convenio resulta aplicable *erga omnes* y a todo tipo de laudos extranjeros, incluso aunque hayan sido dictados en Estados que no sean parte del Convenio. Esto último justifica la afirmación de que en Panamá se hace innecesario un régimen legal interno de executur de laudos extranjeros, sin perjuicio de lo que pudieran disponer otros convenios más favorables.

Los tratados no establecen nada en relación al régimen de traslados, notificaciones y diligencias similares, pero si disponen que la ejecución y reconocimiento podrá exigirse de la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales. También el art. 38 del Decreto Ley 5/99 1999, nos da una solución al establecer que el laudo arbitral será objeto de ejecución, mediante el procedimiento establecido para las sentencias judiciales firmes y establece que se dará traslado a la otra parte por un término de quince días.

Debe tenerse en cuenta la participación de Panamá en el Código de Bustamante (Ley de la República de Panamá N° 15 de 26 de septiembre de 1928), en vigor asimismo en Ecuador desde 1933. De conformidad con su art. 423

“Toda sentencia civil o contencioso–administrativa dictada en uno de los Estados contratantes tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el Juez o Tribunal que la haya dictado;
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. Que sea executorio en el Estado en que se dicte;
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse si allí fuere distinto el idioma empleado; y,

6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe de la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.”

D) Determinación de las causales

El art. V del Convenio de Nueva York de 1958 enumeran las causas en virtud de las cuales puede denegarse el execuátur, pero dividiendo éstas en dos grupos: en primer lugar, aquellas causas que deben ser alegadas exclusivamente a instancia de parte, y las que debe apreciar de oficio el juez del execuátur. Las que se incluyen en esta segunda rúbrica admiten también su alegación por la parte y, en tal caso, corresponde a esta última la carga de la prueba. El protagonismo del n° 1 del art. V corresponde a la “parte contra la cual es invocada” la sentencia arbitral. Verificado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos en el art. V, que poseen un carácter de *numerus clausus*, el tribunal debe reconocer la autoridad de cosa juzgada a la sentencia arbitral y, en consecuencia, proceder a su ejecución³⁴⁴. Por tanto, la lista de motivos de denegación que el Convenio de Nueva York establece en el art. V es una lista cerrada y exhaustiva. Los Estados parte no pueden añadir motivos conforme a su Derecho nacional. En particular, no cabe revisión del fondo del asunto. El tribunal del Estado requerido sólo puede revisar el laudo o sentencia arbitral en la medida necesaria para comprobar las condiciones del reconocimiento. Como puede observarse, la consecuencia fundamental del precepto es la improcedencia de la revisión del fondo de la sentencia arbitral. Debe recordarse aquí que la regla de base del sistema establecido por el CNY es la admisión apriorística de la corrección de la sentencia arbitral.

Las causas aplicables a instancia de parte, de acuerdo con el art. V.1.º, son cinco: a) inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral; b) garantía de los derechos de las partes; c) incongruencia entre el contenido de la sentencia y el del acuerdo arbitral; d) irregularidad en la constitución

³⁴⁴ F.G. Prol, “La cosa juzgada en el arbitraje internacional. Algunos puntos a considerar”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 16, 2013, pp. 19–28.

del tribunal arbitral o en el procedimiento; e) carácter no obligatorio de la sentencia. El art. V.2º no impone la carga de alegar dichos motivos al demandado, pero de ello no se deduce que corresponda al actor demostrar que el laudo no viola el orden público del foro o que la materia es arbitrable para que proceda el reconocimiento. Simplemente significa que los motivos de denegación pueden ser apreciados de oficio por el tribunal. Las cargas del actor que demanda el reconocimiento y la ejecución se limitan a la aportación de los documentos previstos en el art. IV³⁴⁵.

La Convención 1958 no exige que la parte que se opone al reconocimiento haya agotado los remedios disponibles en el Estado de la sede arbitral contra el laudo; no es necesario que haya ejercitado o intentado ejercitar un remedio equivalente a la acción de anulación prevista en nuestra Ley de Arbitraje. Los motivos de impugnación y su contenido son distintos en el plano nacional (el del Estado sede del arbitraje) e internacional (el de los demás Estados donde se invoca la autoridad del laudo).

La parte frente a la cual se ejecuta el laudo dispone de dos alternativas, pues puede ejercitar la acción de anulación del laudo y oponerse a su ejecución. Entre ambas hay diferencias, por cuanto la posibilidad de oponerse a la ejecución solamente actúa cuando la parte interesada toma la iniciativa de solicitar la ejecución, pues mientras esto no ocurre el laudo existe, pero sólo es susceptible de ejecución voluntaria. Se advierte, pues, que las causas previstas para impugnación del laudo son distintas de aquellas que pueden fundamentar la oposición a la ejecución, pues, como hemos visto, las primeras son las establecidas en el Decreto ley 5/99, y son bastante similares a las causas fijadas en el Convenio de Nueva York para oponerse a la ejecución de un laudo extranjero.

Pero una concepción contractual del arbitraje obliga a limitar la equiparación entre la eficacia vinculante del laudo arbitral y la eficacia de la sentencia en función de la distinta naturaleza de uno y otra, pues en

³⁴⁵ M. Virgós Soriano, “El reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 5, 2009, p. 83.

otro caso se estaría vulnerando el principio de exclusividad jurisdiccional. La falta de firmeza del laudo arbitral pendiente de acción de anulación no parece, pues, razón suficiente para propugnar que la ejecución del mismo tiene carácter provisional. Desde el punto de vista del negocio jurídico en que se funda, el laudo es firme, aunque sea susceptible de impugnación. Tras el laudo no existe instancia procesal alguna, sino demanda de anulación por motivos específicos.

3. Examen de la práctica

A) Protagonismo de la vinculación del orden público con la Constitución

Existe gran dificultad en armonizar las previsiones de Derecho interno panameño con la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958, en lo que a la cuestión de orden público se refiere³⁴⁶, lo que ha dado lugar a interpretaciones judiciales sumamente restrictivas del concepto de orden público cuando la invocación de éste pudiera resultar perjudicial para el cumplimiento de los fines perseguidos por dicho Convenio³⁴⁷. En

³⁴⁶ El Convenio de Nueva York resulta aparentemente más flexible que su predecesor de Ginebra a este respecto, puesto que el art. 1 (e) de este último preveía la posibilidad de denegar la ejecución del laudo en base a que el reconocimiento o ejecución de éste fueran contrarios al orden público o a los principios del derecho del país en que se pretende la ejecución. Y tal flexibilización puede calificarse sólo de aparente por cuanto, dependiendo de las diferentes legislaciones nacionales, el concepto de orden público es suficientemente amplio como para abarcar la adecuación a los principios del Derecho. Vid. G. Maurer, *Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation, and Application*, Huntington N.Y., Juris Publishing, 2012.

³⁴⁷ En este sentido se ha señalado que muchos países, en su esfuerzo por hacer el Convenio viable, han edificado un bastión contra el argumento del orden público.... Bien puede considerarse representativa en este sentido la posición de los tribunales norteamericanos, como ocurrió en el ya citado caso *Parsons*, al señalar que la denegación de la ejecución en base a consideraciones de orden público sólo es admisible cuando éste vulnera los más elementales conceptos de moralidad y justicia del foro, y ello porque una interpretación amplia del concepto de que se trata viciaría el esfuerzo primordial del Convenio de eliminar los obstáculos a la ejecución anteriormente existentes, recogiendo así la exposición que ya había formulado al respecto el

esta línea ha de incardinarse la elaboración de dos conceptos, o mejor, de dos criterios diferentes de aplicación, en relación con el orden público. En primer lugar, sobre la posibilidad misma de comprender la materia tratada por los árbitros, o sus aspectos específicos, dentro de la noción de orden público: consecuencia de ello será la posibilidad misma para el juez nacional de examinar el laudo. Podríamos denominar ésta la “cuestión prejudicial de relevancia de orden público” de la materia deducida en el juicio de reconocimiento ante el juez nacional. En segundo lugar, sobre la existencia de un contraste entre el laudo y el orden público en relación a la materia efectivamente relevante para el orden público: de ello se desprende el deber para el juez nacional de negar el reconocimiento del laudo. Podríamos denominar éste “el fondo sustancial de la cuestión del contraste con el orden público”.

El ordenamiento del foro no puede recibir y dejar valer en su ámbito “cualquier resultado”, sino solo aquellos resultados que sean compatibles con su sistema básico de valores; esto es, que sean “tolerables”. Por eso, todos los Estados se reservan la posibilidad de no reconocer sentencias extranjeras cuando contradigan su “orden público”. El orden público es la fórmula escogida para dar entrada y resumir todos los valores esenciales del ordenamiento y protegerlos frente a decisiones extranjeras, impidiendo su reconocimiento y ejecución. El orden público puede tener un contenido tanto procesal como material. Integran el orden público los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, pero también otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Esto es importante, pues la idea de que el orden público se limita al orden público constitucional es una idea completamente errada. No hay ninguna razón que explique por qué el legislador panameño habría de autolimitar la protección de los principios del ordenamiento panameño a los que alcancen rango constitucional.

Tribunal Supremo en el caso *Scherk v. Alberto Culver Co.*, antes referido. Idéntica idea fue expresada por el mismo Tribunal de Apelación en el caso *Fotochrome, Inc. v. Copal, Co.*, 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975).

Al orden público solo pertenecen normas y principios que afectan a principios fundamentales del ordenamiento. Desde una perspectiva de Derecho comparado, la función de defensa del orden público se concentra en tres núcleos principales: a) aquellos principios que son considerados por el foro como valores universales (derechos humanos), o los constitucionalmente protegidos; b) Las políticas legislativas de intervención del foro; c) Los valores morales e idiosincrásicos esenciales de la comunidad.

El orden público es de aplicación excepcional. No basta una diferencia en las regulaciones, ni una diferencia de las concepciones que orientan a uno u otro sistema, ni que se trate de una “institución jurídica desconocida”. Es necesario que la diferencia sea tan grave que el reconocimiento choque de manera inaceptable con el ordenamiento del Estado receptor por menoscabar un principio fundamental de su ordenamiento, como, por ejemplo, el art. 287 de la Constitución que establece que no habrán bienes que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles³⁴⁸. La contradicción de la resolución extranjera con el orden público se puede manifestar de diversas maneras: a) En el fallo mismo, en este caso al determinar una indemnización por daños y perjuicios correspondiente al Derecho público y establecer que no se han demostrado daños al patrimonio de los particulares que es la base de cualquier reclamación civil en este sentido. b) En los motivos del fallo (en sus fundamentos de hecho y de Derecho) y c) En el modo de producirse el mismo (no se respetaron los derechos de defensa durante el proceso)³⁴⁹.

³⁴⁸ Resulta obligada la referencia aquí a la configuración que del orden público realizó la Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 5 de octubre de 1995 (*Compagnie Universelle du Canal Interoceanique de Panamá*), que declaró no ejecutable en la República de Panamá la sentencia extranjera emitida por el Tribunal Civil de Primera Instancia del Departamento de Seine, República de Francia de 1º de agosto de (¡1900!) <http://vlex.com.pa/vid/ejecucion-extranjera-negocios-generales-31637662>.

³⁴⁹ Normalmente el fallo es neutral, pero son relevantes los fundamentos de esa condena. Debe traerse aquí a colación la Sentencia CSJa (Pleno), 4ª de Negocios Generales, 25 de marzo de 1996 (Ponente Eligio A. Salas) “La institución del ejecutivo, tiene en sí una serie de connotaciones en el interior de su mecánica, se corro-

En el caso ya examinado (*Curacao Eximport Enterprises / Banco Disa S.A.*) el laudo fue sometido con posterioridad a la misma Sala de la CSJ en un proceso de execuátur en el cual el banco se opuso a su reconocimiento. La Corte en una interesante decisión, la Sentencia CSJ de 24 de mayo de 2004 decidió ordenar a los liquidadores del banco a reconocer y ejecutar el laudo haciendo referencia a la ley bancaria panameña y considerando que esta era la única manera de ejecutar este laudo. De lo contrario, considera la Corte, se estaría “decidiendo” pero no “resolviendo”. En su análisis la Corte analiza y rechaza todos los argumentos de la demandada: violación al orden público, falta de capacidad del banco y que el objeto de la controversia no era arbitrable. La Corte considera que de no ordenarse a los liquidadores del banco ejecutar el laudo, ésta sería una decisión imposible de ejecutar y se “lesionaría el principio de tutela judicial efectiva según el cual, el fin de toda resolución judicial deben estar encaminados al reconocimiento de los derechos establecidos en la ley sustancial”.

En todo caso, la práctica panameña en materia de execuátur consigna el empleo de muy pocas causales por parte de los impugnantes³⁵⁰ si ex-

bora por la participación no tan solo de la Corte Suprema de Justicia, encargada de verificar la resolución extranjera (Sentencia o toda resolución que pone término a un proceso), sino también asocia esta tarea la ley al Ministerio Público a fin de que presente el interés público más no un interés público al nivel acostumbrado de Derecho Interno. Este órgano colaborador debe verificar la posible correspondencia e identidad del Derecho interno con el Derecho internacional. Sin intención de confundir estos dos órdenes, nos permitimos manifestar que el orden público internacional, a diferencia del orden público interno, no es general, es casuístico y por consiguiente debe decretarse en cada caso cuando así lo amerite. Siguiendo este orden de ideas, resulta que desde el momento que es invocado el orden público internacional, el cual actúa como una excepción u oposición a la aplicación de una ley extranjera incoada dentro de una sentencia extranjera a ejecutarse en nuestro país, deberá concordar con la concepción de orden público interno para que sea admitida en todas sus partes por nuestra alta jurisdicción”: <http://vlex.com.pa/vid/ejecucion-extranjera-negocios-generales-31686957>)

³⁵⁰ Dicha práctica se registra en U. Pitti, “La anulación del laudo...”, *loc. cit.*, pp. 269 ss.

ceptuamos el tradicional recurso al orden público³⁵¹. En concreto, la correspondencia entre lo acordado en el convenio arbitral y el procedimiento seguido por los árbitros fue considerada adecuada por el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 9 de octubre de 2001. Volviendo al orden público lo que importa es que la referida Corte en la resolución de un recurso de anulación de 16 de marzo de 2001 (*Telephone & Technologies, S.A. / Cable & Wireless Panamá, S.A.*) consideró que el marco de la excepción no era otra cosa que “el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”. Y, días más tarde, en un fallo de 23 de marzo de 2001 (*Petrocom de Panamá, Inc. / Intel, Intel, S.A., Cable & Wireless Panamá, S.A. y la República de Panamá*), declaró ejecutable en Panamá un laudo arbitral CCI dictado en la ciudad de México, al estimar que cumplía con los requisitos necesarios para que declarar su ejecutabilidad, precisando que la referida solicitud de ejecución de laudo extranjero no contravenía los supuestos establecidos en el orden público panameño. Lo singular es que la Corte aprovechó la ocasión para insistir acerca de la noción de orden público dentro del reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero al determinar que

“La noción de orden público no es más que lograr que una sentencia extranjera no viole la competencia del foro nacional, sometiéndose a la Carta Magna y las demás disposiciones legales vigentes, en congruencia con la obediencia a las autoridades que deben cumplir las sentencias foráneas; es una especie de autodefensa o excepción a invocar para no cumplir con una solicitud presentada; además que, al momento de dictarse el executatúr, las partes intervinientes no se le quebrante o le desconozca el principio de bilateralidad o del contradictorio, supuestos todos que se constituyen para nuestro ordenamiento jurídico en orden público nacional”.

³⁵¹ J.A. Pérez Beviá, “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. VI, 1990, p. 81–99; T.L. Harris, “The ‘Public Policy’ Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention”, *J.Int’l.Arb*, vol. 24, n° 1, 2007, pp. 9–24.

La vinculación entre orden público y Constitución se recoge también en la Sentencia CSJ de 23 de marzo de 2001 (*Petrocom de Panamá Inc. / Cable & Wireless Panama*)³⁵² que resolvió la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo pronunciado en México y administrado bajo el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La empresa panameña se opuso al reconocimiento y ejecución del laudo arguyendo su contrariedad al orden público nacional puesto que estaba basado en un convenio arbitral que no cumplía con los requisitos de existencia jurídica, validez y eficacia contemplados en la Ley. La CSJ basó su decisión de declarar ejecutable el laudo arbitral en la noción de orden público, al señalar que la noción de orden público no es más que lograr que una sentencia extranjera no viole la competencia del foro nacional sometiéndose a la Carta Magna y las demás disposiciones legales vigentes en congruencia con la obediencia a las autoridades que deben cumplir las sentencias foráneas. Esta decisión de la Corte sustentada en una noción de orden público nacional basado en el cumplimiento de la Constitución y disposiciones legales vigentes, constituye otro precedente importante como punto de referencia para el reconocimiento de un laudo internacional. Es preciso resaltar que la Corte también añadió en su decisión que este conocimiento de orden público, es casuístico porque hay que estudiar caso por caso, no se puede invocar violación al orden público genéricamente. De acuerdo con el fallo la Corte respalda la visión que ha mantenido tradicionalmente acerca del concepto de orden público; una construcción que es preciso valorar para comprender cómo es factible denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero que contraría este orden en virtud de lo que dispone el art. V de la Convención de Nueva York de 1958. Al respecto la Corte Suprema de Justicia precisa que:

“La noción de orden público no es más que lograr que una sentencia extranjera no viole la competencia del foro nacional sometiéndose a la Carta Magna y las demás disposiciones legales vigentes en congruencia con la obediencia a las autoridades que deben cumplir las sentencias foráneas, es una especie de autodefensa o excepción a invocar para no cumplir con una solicitud presentada: ade-

³⁵² Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá, Ponente Rogelio A. Fàbrega Z.

más que al momento de dictarse el executur, las partes intervinientes no se le quebrante o le desconozca el principio de bilateralidad o del contradictorio, supuestos todos que se constituyen para nuestro ordenamiento jurídico en orden público nacional”

Existen, sin embargo, limitaciones al poder de Estado requerido para reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero. Destaca el hecho de no puede impugnar o anular dicho fallo dado que esta es competencia exclusiva del Estado donde se emita el mismo, a través de un tribunal arbitral debidamente constituido. En caso de que el laudo extranjero esté sometido a un procedimiento de anulación deberá aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia, hasta que dicho laudo esté ejecutoriado.

Resulta expresiva, la Sentencia CSJ de 14 de febrero de 2005 (*Greenhow Associates Limited / Refinería Panamá S.A.*)³⁵³ también se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral fechado 26 de septiembre de 2003 dictado dentro del proceso arbitral administrado de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, bajo la connotación de arbitraje internacional. La empresa panameña condenada se opuso argumentando que durante el proceso no había podido hacer valer su derecho de defensa, dado que el Tribunal no admitió una prueba pericial, que a su juicio era determinante para la decisión del proceso. La Corte resolvió que el laudo no violaba el orden público y era ejecutable en Panamá. A juicio de la Corte, el Tribunal arbitral tiene la facultad de decretar como admisibles o de negar las pruebas que le sean presentadas o propuestas por las partes, conforme la facultad que la ley le concede. La Corte sostiene que no es un Tribunal de apelaciones señalando que no puede entrar a dilucidar si el Tribunal arbitral apreció en debida forma las pruebas aducidas y presentadas por las partes, como quiera que en reiteradas ocasiones ha expresado que esta Colegiatura no es un Tribunal de apelaciones, por lo que no es su función. La naturaleza del arbitraje tiene precisamente como fin una justicia privada y expedita sin que medie la instituciona-

³⁵³ Sentencia CSJ, Ponente Winston Spadafora Franco, Exp. 824-03.

lización del proceso. Este fallo (dictado por unanimidad) contiene además un análisis interesante de la función de los árbitros y del arbitraje internacional que demuestra la apertura de los jueces panameños hacia este mecanismo de resolución de controversias.

B) Laudo anulado en Panamá por notificación inicial del arbitraje no ajustada a lo dispuesto en la Constitución, pero ejecutado en Francia

La Sentencia del 20 de septiembre de 2006³⁵⁴ se originó de un proceso arbitral iniciado por un inversionista francés, Laurent Jean–Marc Parienti, en contra de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño, producto de un contrato de construcción y operación de una Terminal de transporte público en el área norte del país. El laudo arbitral dictado el 27 de enero de 2005, condenaba subsidiariamente al Estado Panameño y a A.T.T.T. a pagarle al señor Parienti la suma de 32,521,683 dólares, por concepto de daño emergente y lucro cesante. El Procurador de la Administración, actuando por instrucciones del Órgano Ejecutivo, en representación del Estado Panameño, solicitó la anulación del laudo. El convenio arbitral invocado para la reclamación fue el contenido en un Convenio de Trato y Protección de las Inversiones celebrado entre la República de Francia y la República de Panamá, cuyas reglas de procedimiento era el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Entre los argumentos planteados por el Procurador de la Administración estuvieron: (i) que el Estado Panameño no fue notificado en debida forma, dado que sólo fue notificada la A.T.T.T., y no el Consejo de Gabinete; (ii) que el Tribunal arbitral no se constituyó en la forma prevista en el reglamento aplicable (Uncitral); (iii) que el procedimiento no se ajustó a los pactado por las partes, sino que utilizó supletoriamente el reglamento de CESCO. Adicionalmente, se invocó que el objeto de la controversia no era arbitrable y que el laudo infringía el orden público

³⁵⁴ Caso *Laurent Jean Marc Parienti / Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño*. Ponente José A. Troyano, con salvamento de voto del Magistrado Winston Spadafora. Exp. núm. 219.05

panameño. La Corte Suprema de Justicia concluyó en su decisión que el arbitraje, que había sido declarado internacional por el Tribunal arbitral, era un arbitraje doméstico, tomando en cuenta el art. 5 de la Ley. Tal como lo señala el Magistrado Spadafora en su salvamento de voto, esta decisión puede cuestionarse pues existían suficientes elementos para suponer transferencia de capitales que producían efectos extrafronterizos. Lo que resulta interesante de esta decisión como precedente es que tanto la mayoría de la Corte como el Magistrado oponente parecen concluir que de haberse tratado de un arbitraje internacional el mismo no estaría sujeto al recurso de anulación sino únicamente al proceso reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. En su razonamiento inicial la Corte indica que la determinación de este aspecto (entiéndase el carácter internacional o interno del laudo) es crucial y trascendente para los propósitos de establecer cuál es, en verdad, el ámbito de control mínimo que puede ejercerse sobre él. Con respecto a la debida notificación al Estado, la Corte dictaminó que la notificación inicial del arbitraje realizada al Estado no se había ajustado a lo dispuesto en la Constitución y en el Reglamento aplicable. La Corte concluyó que el laudo violaba el orden público panameño al no cumplirse con el procedimiento de notificación al Estado Panameño, previsto en la Constitución para los casos de arbitraje donde el Estado es parte. En efecto, para la fecha de la notificación del arbitraje no habían entrado en vigencia las reformas a la Constitución del 2004 y, en consecuencia, se requería la aprobación del Consejo de Gabinete y el Refrendo del Procurador de la Nación en los arbitrajes donde el Estado era parte. Por otro lado, la Corte consideró que el Tribunal arbitral no se constituyó en la forma prevista en el Reglamento de la CNUDMI y, además, que el laudo se emitió en equidad cuando debió hacerse en derecho de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI.

Es interesante notar que el 19 de septiembre de 2007, el Tribunal de Grande Instancia de París ordenó al Estado panameño y a A.T.T.T. a cumplir con sus obligaciones conforme al laudo. Esta no sería la primera

vez que las cortes francesas deciden reconocer un laudo arbitral internacional que ha sido declarado nulo en otro Estado.

Capítulo III

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL

I. Arbitraje y control de constitucionalidad

1. Modalidades de control

A) Control difuso vs. control concentrado

La Constitución exige que la justicia se brinde en condiciones de accesibilidad, de transparencia, de previsibilidad, de probidad, de prontitud (celeridad), de probidad, en la medida de lo posible con gratuidad y que sea justicia de calidad³⁵⁵. El tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, superando así la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y a los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional. La consolidación del denominado “Estado constitucional de Derecho” lleva aparejada la necesidad de conferir al ordenamiento jurídico mecanismos jurisdiccionales encaminados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de

³⁵⁵ L.F. Solano Carrera, “Supremacía y eficacia de la Constitución con referencia al sistema costarricense”, *Constitución y justicia constitucional. Jornadas de Derecho constitucional en Centroamérica*, Barcelona, Agència Catalana de Cooperació al desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008, pp. 11–47, esp. p. 30.

los derechos fundamentales³⁵⁶, destacando así la concepción tradicional y trasnochada que consideraba a la ley y a los códigos como las normas supremas del ordenamiento jurídico nacional³⁵⁷.

Surge así el control de constitucionalidad que es un mecanismo consistente en verificar si las leyes contradicen a la Constitución por el fondo o por la forma³⁵⁸. El control de la legalidad tiene la misma finalidad respecto a las normas de inferior jerarquía. Además, el control de la constitucionalidad y de la legalidad de las normas jurídicas comprende también la protección de los derechos fundamentales de la persona fijados en la Constitución. En la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al cual la Constitución encargue dicho cometido. Uno de ellos se denomina “control concentrado” porque parte de la existencia de órga-

³⁵⁶ Este fenómeno de la justicia constitucional como elemento legitimador del sistema tiene un lado positivo por cuanto objetivamente se contribuye a sostener el Estado democrático, pero también un lado negativo porque supone forzar en cierto sentido una institución sacándola de su lugar natural, con” los riesgos que ello comporta. En todo caso, la solución a estas situaciones no vendrá de modificar la justicia constitucional sino de recomponer un equilibrio institucional adecuado a base de reforzar los demás poderes del Estado. *Vid.*, a este respecto, el estudio clásico de H. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et Science Politique*, 1929, pp. 197 y ss con traducción al castellano de R. Tamayo y Salmorán, y que se publicó en el *Anuario Jurídico* I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974, pp. 470 ss.

³⁵⁷ K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 308. Como pusiera de relieve P. De Vega, “la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional” (cf. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, 1979, p. 95).

³⁵⁸ Sin duda el control de la constitucionalidad de normas generales es uno de los tópicos más interesantes, y quizá el más relevante, del Derecho procesal constitucional; no en vano Kelsen expresó que “garantías de la Constitución” significa, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución; es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes. Cf. H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Ensayos Jurídicos, n° 5, 2001, p. 15.

nos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; y, el otro sistema se llama “control difuso”, porque cualquier operador del Derecho, en caso de conflicto entre una norma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la primera al resolver un caso concreto³⁵⁹. Esta última modalidad tiene como perfil característico que la decisión que se dicte genera efectos exclusivamente entre las partes, con lo cual el alcance de la cosa juzgada, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo, carecerá de relevancia a nivel social, quedando la presunta gravedad institucional restringida a un ámbito que no es precisamente aquel que se circunscribe a derechos disponibles para las partes, pues no se genera la relevancia que se conjetura en una controversia sobre derechos disponibles para las partes.

El constitucionalismo que ha venido configurándose en los últimos años en algunos países de América latina, tiende a revisar y a innovar instituciones que se configuran hoy como un desafío a las ideas establecidas —y tradicionalmente incuestionadas—, en especial en relación con la justicia ordinaria y constitucional como la legitimación popular en la acción o recurso de inconstitucionalidad³⁶⁰. En este marco³⁶¹, y en lo que respecta al control de constitucionalidad que se va a ejercer a objeto de verificar la conformidad de las leyes y demás normas jurídicas con la Constitución (en Panamá “jurisdicción constitucional objetiva”), éste ha

³⁵⁹ M.A. Alegre Martínez, “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 6, 1994, pp. 113–137. Nos hallamos ante un mecanismo de control constitucional por medio del cual se faculta a las autoridades jurisdiccionales del Estado a inaplicar una norma en un proceso judicial por considerar que resulta contraria a la Constitución. La inaplicación de una norma por ser inconstitucional es una medida excepcional, razón suficiente para que esta facultad sólo sea aplicada por determinadas autoridades.

³⁶⁰ C. Storini y J. Escudero Soliz, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 9, 2011, pp. 1–33.

³⁶¹ En relación con Centroamérica *vid.* la obra colectiva de R. Hernández Valle y P. Pérez Tremps (dirs.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

evolucionado desde la modalidad de un control difuso hasta un control concentrado (Constitución de 1941)³⁶². La adopción del control concentrado de la constitucionalidad fue de gran relevancia al reforzarse las demás garantías incorporadas en la Constitución de 1941 y con las cuales se adoptaba la concepción según la cual, “a ningún órgano del poder público, ni menos a funcionario alguno le es dado dictar disposiciones que contraríen la letra o el espíritu de las disposiciones constitucionales”.

La mayor parte de los Estados han adoptado el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes ejercido *a priori* y por vía de acción y cuyas decisiones gozan de efectos *erga omnes*³⁶³. Asimismo, han incorporado el sistema de control difuso de la constitucionalidad en el que todos los jueces son a su vez jueces de la legalidad y jue-

³⁶² Cf. J.D. Moscote, *El Derecho Constitucional Panameño*, Edición Conmemorativa del XXV Aniversario de la fundación de la Universidad de Panamá, 1960, p. 588. Los mecanismos que se establecieron en 1941, fueron la acción de inconstitucionalidad y la consulta de constitucionalidad, los que junto con la objeción de normas y actos susceptibles del control de constitucionalidad, ya sea que se tratase de normas ya vigentes o en formación inexistencia, ésta ya existente desde la Constitución de 1904, tendrían como finalidad la defensa de la supremacía de la Constitución contra las leyes y demás normas y actos susceptibles del control de constitucionalidad, ya sea que se tratase de normas ya vigentes o en formación. Vid. C.B. Pedreschi, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Ediciones Fábrega, López, Pedreschi y Galindo, 1965, p. 295. Posteriormente, y por razón de la aprobación de la Constitución de 1972, la consulta de constitucionalidad fue objeto de modificaciones, con las que se superaron en gran medida, el uso inadecuado que se le daba.

³⁶³ Vid. F. Eguiguren, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano–Fundación Konrad Adenauer, 2000; D. García Belaunde, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *La Constitución y su Defensa: algunos problemas contemporáneos* (Ponencias peruanas al VIII congreso iberoamericano de Derecho constitucional, Sevilla, 3,4 y 5 de diciembre de 2003), Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos–Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional (sección peruana), 2003, pp. 318 ss; H. Nogueira Alcalá, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006.

ces de la constitucionalidad, que se ejerce *a posteriori* y por vía de excepción, cuyas decisiones no gozan sino de un efecto *inter partes*³⁶⁴.

B) El control de constitucional en el marco de los procedimientos constitucionales panameños

En Panamá la Constitución política es la Ley Suprema, de ahí que, como lógica consecuencia todas las demás normas generales de cualquier categoría, así como los demás actos o resoluciones de autoridad, deben estar conformes con ésta, de tal manera que todos aquellos actos y leyes contrarias a los postulados y principios constitucionales no podrán tener valor ni efectos legales³⁶⁵. Tanto la Constitución Nacional como nuestras leyes especiales, se consagran los procesos constitucionales como: la consulta de constitucionalidad, la advertencia de inconstitucionalidad, el recurso de inconstitucionalidad, el hábeas data, el recurso de hábeas corpus y el recurso de amparo de garantías constitucionales. Estos procesos constitucionales que el legislador ha instituido tienen como

³⁶⁴ En países como la Argentina, México, o los Estados Unidos, el sistema de control de constitucionalidad, es difuso, por lo tanto básicamente reposa en cabeza de cada uno de los jueces que ejercen jurisdicción. La pregunta que motiva esta tarea, consiste en determinar si es posible que quienes no tienen el cargo público de jueces del Estado, aun siendo “jueces privados” designados por las partes, puedan expedirse sobre la posible constitucionalidad o no de una norma, en un caso concreto. Refiriéndose al sistema argentino R.J. Caivano ha propuesto el debate sobre si los árbitros pueden o no ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. En su análisis, y después de estudiar las normas sobre el control difuso de la constitucionalidad en Argentina y algunas sentencias judiciales afirma que “no existe norma ni principio jurídico alguno que se oponga a que los árbitros puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, si tal pronunciamiento resulta necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión”. *Vid.* R.J. Caivano, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, 2006, pp. 107 y 137.

³⁶⁵ Cf. A. Cigarruista Cortez, “Los procesos constitucionales en Panamá”, *Constitución y justicia constitucional. Jornadas de Derecho constitucional en Centroamérica*, Barcelona, Agència Catalana de Cooperació al desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008, pp. 311–330, esp. pp. 311–312; A.A. Zamorano, “Nuevos retos de la jurisdicción constitucional a sus 70 años”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 109–131.

finalidad salvaguardar las garantías individuales de las personas estableciendo como tribunales competentes tanto a la Corte Suprema de Justicia como a los tribunales ordinarios³⁶⁶.

Corresponde a la CSJ de Panamá conocer los procesos constitucionales tales como las consultas de constitucionalidad, las advertencias de inconstitucionalidad y las demandas de inconstitucionalidad con carácter privativo e igualmente conoce de los amparos de garantías, el hábeas data y el hábeas corpus dependiendo de la jerarquía, mando y jurisdicción con que cuenta el funcionario demanda.

La consulta sobre constitucionalidad es una facultad que el legislador, mediante ley especial (art. 2557 Código Judicial), reservó en favor del servidor público facultándolo para que cuando lo estime conveniente pueda advertir ante la CSJ sobre la inconstitucionalidad o no de una norma jurídica o reglamentaria que debe ser aplicable al caso y colocando el proceso en estado de decidir. Por último, la advertencia de inconstitucionalidad, por su lado y, al igual que la consulta de constitucionalidad, la consagra el ordinal 1 del art. 206 de la Constitución y el art. 2558 del Código Judicial, facultando a las partes procesales para que mediante el trámite concerniente y por un sola vez en cada instancia puedan advertir ante la CSJ que una determinada norma jurídica o reglamentaria aplicable al caso concreto es inconstitucional, en cuyo caso la autoridad, sin más trámite, elevará la consulta correspondiente y colocará el proceso en estado de fallar, sin decidirlo en el fondo.

Resulta así que en la Constitución Política vigente se regula un sistema de control concentrado de constitucionalidad, centralizado en la Sala Plena, de modo que los jueces ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal o reglamentaria, sino cuando consideran que se está ante un problema de inconstitucionalidad, deben elevar el asunto ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Así a ésta corresponde el control de constitucionalidad, que tradicionalmente ha sido denominado como salvaguarda de la inviolabilidad de la Consti-

³⁶⁶ S. Rodríguez Robles, “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción constitucional”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 87–108.

tución, de conformidad con el art. 206.1º de la Constitución Política. La Corte, como guardiana de la Constitución, conocerá y decidirá con audiencia del procurador general de la Nación o del procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que, por razones de fondo o forma, impugne ante ella cualquier persona. Además, este mismo precepto regula el caso de consultas de constitucionalidad que se puedan presentar en cualquiera de las instancias del juicio, cuando el funcionario que imparta justicia advierta, o le sea advertido por alguna de las partes, que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional³⁶⁷.

La Constitución de Panamá, en sus arts. 165 y 203, ordinal 1º, establece las bases de uno de los sistemas más concentrados, excluyentes y amplios de control de la constitucionalidad que existen en el Derecho comparado, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y, como consecuencia, el poder exclusivo para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de todos los actos estatales³⁶⁸.

2. Control de constitucionalidad por el árbitro

Las facultades que asisten a los árbitros deben ser ejercida con la misma circunspección y responsabilidad con que la ejercen los jueces, en el sentido de interpretar las normas que estén en juego tratando de armonizarlas con el principio constitucional que esté en juego, considerándola como inconstitucional solo en el caso que no pueda resolver esa cuestión de constitucionalidad, como una facultad restringida y de carácter excepcional, sin la cual no podría ser útil el pronunciamiento del laudo. Nada impide la aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional ejercida por los jueces y tri-

³⁶⁷ C.A. Ruiloba, “Retos de la justicia constitucional panameña”, *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 87–100.

³⁶⁸ A.R. Brewer-Carías, “El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad, en el Derecho comparado”, *Registro Judicial de la República de Panamá*, enero 1997, pp. 3–4. <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.513.pdf>.

bunales, sin que ello implique una suplantación por los árbitros de los órganos judiciales del Estado³⁶⁹. La potestad de los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias, sobre materias de libre disposición para las partes conforme a Derecho, encuentra precisamente su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el convenio arbitral³⁷⁰. La potestad de los árbitros de aplicar el control difuso, comporta no sólo una facultad, sino también un deber, cuyo incumplimiento habilita la intervención de la justicia constitucional.

Esto se ha suscitado especialmente en Perú³⁷¹, siendo expresiva de esta corriente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de septiembre de 2011 (*Soc. Minera de Responsabilidad Ltda.*), que extendió expresamente esa facultad a los tribunales arbitrales, argumentando que el arbitraje constituye una manifestación de la función jurisdiccional del Estado y, como consecuencia de tal reconocimiento, comparte la potestad de los órganos jurisdiccionales de hacer uso del control difuso³⁷². Y tras esta afirmación, el Tribunal establece algunas reglas para la aplicación del control difuso por parte de los tribunales arbitrales, que en realidad no es otra cosa que reiterar los mismos criterios previstos a nivel normativo y en su jurisprudencia respecto al tema³⁷³. En consecuencia y

³⁶⁹ Por ejemplo, la Constitución Española (CE) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuyen la potestad jurisdiccional del Estado a Jueces y Tribunales, quienes tienen la facultad exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado.

³⁷⁰ B. Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, pp. 185 ss.

³⁷¹ La doctrina peruana se ha ocupado de esta cuestión. *Vid., inter alia*, J.D. Rivarola Reisz, “Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: ‘Los dilemas del constitucionalizar el arbitraje’”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, n.º 2, 2006, pp. 579 ss; O. Hundskopf Exebio, “El control difuso en la jurisdicción arbitral”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, n.º 91, 2006, pp. 24 ss.

³⁷² *Vid.* fundamentos 22 al 25

³⁷³ En tal sentido su fundamento 26 establece que “El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación con-

como regla general en este preciso sistema, si en el marco del ejercicio de sus funciones, los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, tendrán el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución. No obstante, esta diáfana vía ha encontrado un evidente retroceso³⁷⁴ tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2011, en el Expediente de Amparo No. 02851-2010-PA/TC, iniciado por la empresa *IVESUR S.A. contra el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, que consideró que la vía de la anulación no permitía atender los cuestionamientos constitucionales planteados por IVESUR S.A., ya que, en sus propias palabras:

“... ¿el cuestionamiento conjunto sobre la falta de independencia en el acto de elección de los árbitros y la derivada presunta parcialidad de estos con una de las partes se encuentra contenido dentro de algún supuesto para la interposición del recurso de anulación? Este Colegiado considera que no, toda vez que ya sea por la vía de la aplicación literal o por la vía de la interpretación de las causales de procedibilidad del recurso de anulación contenido en la Ley General de Arbitraje, aplicable al caso en concreto, no es posible, sin desfigurar intensamente la norma legal, admitir que se había previsto el recurso de anulación como vía previa para la instalación del proceso de amparo cuando se cuestiona un asunto constitucional relacionado esencialmente con la independencia en la actuación del CSA”.

forme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes”. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf>. Este razonamiento ha sido reforzado con posterioridad al declarar el mismo Tribunal Constitucional improcedente la demanda interpuesta por *Inversiones y Proyectos Álamo contra el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, en que solicitaba dejar sin efecto e inaplicable un laudo arbitral que ordenó otorgar escritura pública de un contrato de compraventa a futuro, que a su entender era violatorio de sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

³⁷⁴ F. Cantuarias Salaverry, ¿A qué juega el Tribunal Constitucional respecto al arbitraje?: un nuevo fallo que atenta contra el arbitraje en el Perú”. <http://blogcristalroto.wordpress.com/2011/04/05/%C2%BFa-que-juega-el-tribunal-constitucional-respecto-al-arbitraje-un-nuevo-fallo-que-atenta-contr-el-arbitraje-en-el-peru/>.

Si el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias jurídicas, que está previsto y regulado en la ley; si está incardinado en el sistema constitucional de administración de justicia, si los ciudadanos resuelven mediante el arbitraje controversias sobre materia de libre disposición poniendo en ejercicio los mismos derechos e intereses legítimos que son objeto de la tutela judicial efectiva; y si, al menos en los arbitrajes de derecho, se aplican normas jurídicas, no tendría sentido que no se pudiera controlar si en el arbitraje se han respetado o no los derechos incardinados en la Constitución. Por eso, aunque sea a través la vía indirecta, cabe la posibilidad de rellenar la noción del “orden público” con los valores que se desprenden de la Constitución y, con ello puede hablarse menos en un sentido indirecto, de un “derecho a la tutela “arbitral” efectiva³⁷⁵.

Consecuentemente, si en el desarrollo de las funciones arbitrales los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, deberán cumplir con el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución.

Siendo la arbitral una función con caracteres propios de una jurisdicción, es decir con potestad para decidir una controversia, está en el ámbito de sus facultades o atribuciones la de declarar la inconstitucionalidad de una ley y emitir un laudo respaldándose en tal inconstitucionalidad también. En una controversia sometida a su decisión, el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires resolvió que en el contexto de las atribuciones de los árbitros (jurisdicción arbitral) estaba comprendida la de la declaración de inconstitucionalidad de las normas emanadas por los poderes públicos³⁷⁶. En otra sentencia argenti-

³⁷⁵ J.M. Otero Lastres, “El derecho fundamental a la tutela ‘arbitral’ efectiva”, *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52–55.

³⁷⁶ Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19 de marzo de 2002, *CIERP SA c/ Grinbank, Daniel Ernesto s/ resolución contractual, El Derecho*, 198–464. *Vid.*, asimismo, de este mismo tribunal la Resolución del Director de Procedimiento (firme), 5 de noviembre de 2002, *IGT Argentina S.A. c./ Trileium S.A. y otros s/ restitución de bienes, El Derecho*, 7 de marzo de 2003.

na, esta vez de los tribunales ordinarios de justicia, se declaró que el planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas no excede la competencia del tribunal arbitral³⁷⁷.

Un cualificado sector doctrinal argentino ha suscitado el debate sobre si los árbitros pueden o no ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes³⁷⁸. En su análisis, y tras de examinar las normas sobre el control difuso de la constitucionalidad en Argentina y algunas sentencias judiciales afirma que “no existe norma ni principio jurídico alguno que se oponga a que los árbitros puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, si tal pronunciamiento resulta necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión”³⁷⁹. La discusión tuvo un eco importante en Perú. J. Santistevan de Noriega si bien al principio se declaraba “reacio” a la idea del control difuso en manos de los árbitros, entendió que “conforme a la evolución reciente de la interpretación constitucional debe reconocérsele la facultad de los árbitros para aplicar, *mutandis mutandis*, reglas similares a las que el TC [Tribunal Constitucional] ha determinado para el ejercicio del control difuso...”³⁸⁰.

Pero estas consideraciones deben tomarse con ciertas reservas por centrarse en la contemplación de dos sistemas jurídicos muy concretos. De un lado, porque las normas sobre el control difuso están dirigidas a los jueces estatales, nunca a los árbitros; además, los árbitros tampoco

³⁷⁷ Primera Instancia Comercial de la Capital Federal, Juzgado n° 10, *Otondo, César Alberto c/ Cortina Beruatto SA y otros / sumarísimo*, 17 de marzo de 2003 confirmado por la CNCom., sala E. 11 de junio de 2003 igualmente con dictamen favorable a la competencia arbitral del Fiscal de Cámara, LL 2003–F–744; JA 2003–IV–73. Vid. J.C. Rivera, *El arbitraje en Argentina*, Julio César Rivera Abogados, 2009, donde se reportan estos casos jurisprudenciales.

³⁷⁸ R.J. Caivano, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, 2006, p. 107.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 137.

³⁸⁰ J. Santistevan de Noriega, “Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral *in toto*”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 4, 2007, p. 42.

pueden considerarse facultades para ejercer el papel de juez constitucional pues, entre otras cosas, estarían excediendo con creces su misión contractual. En segundo lugar, porque que el debate no se ha planteado en los mejores términos³⁸¹ y debería ser objeto de nuevas consideraciones pues en la medida en que el arbitraje está contemplado en la Constitución como una alternativa jurisdiccional y, por consiguiente, en su puesta en práctica deben de respetarse los mismos principios que rigen la actividad jurisdiccional. A partir de aquí puede considerarse positivo que se reconozca por parte de la Corte Suprema de Justicia la posibilidad inaplicar aquellos preceptos que se consideren inconstitucionales pues, de esta manera, se refuerza la propia institución arbitral en Panamá. De otro lado, porque la cuestión no estriba en determinar si los árbitros pueden o no ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino la de valorar y analizar la sensibilidad de los árbitros ante un planteamiento de inconstitucionalidad. Debe tenerse muy en cuenta que el control difuso que realiza el juez es susceptible de la revisión de su órgano de apelación, lo que no acontece en el arbitraje, sometido a una única instancia, donde son las partes las que establecer las reglas que rigen el procedimiento y las que eligen el Derecho aplicado al fondo de la controversia, por eso se incrementa el deber del árbitro de inaplicar la norma legal frente a la constitucional.

Sentado esto, una línea de solución apuntaría a considerar a que el árbitro no es completamente inmune frente a determinadas cuestiones constitucionales. En consecuencia, su apreciación de la controversia debe quedar limitada a través del método de las reglas materiales que establecer una metodología completamente diversa a la del control difuso de la constitucionalidad que ejercen los jueces estatales. Es cierto que si lo considera oportuno, el árbitro podrá valorar la eventual antijuridicidad de una norma concreta y su compatibilidad o no con el orden público interno o transnacional. Pero no más que eso. Cabe insistir en que el ár-

³⁸¹ De Jesús O., A.: “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje...”, *loc. cit.*, p. 65

bitro no está llamado a ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes³⁸².

II. Contrariedad de la declaración de competencia del árbitro con el art. 32 de la Constitución panameña

1. Planteamiento de la cuestión

Dentro de los dogmas que caracterizan al arbitraje comercial internacional ocupa un lugar destacado la técnica de separar y de la cláusula arbitral respecto del contrato principal donde se encuentra inserta y el denominado principio competencia–competencia (no parecen convincentes las razones que avalan a una amplio sector de la doctrina y de la práctica a calificar esta institución con su expresión alemana *kompetenz-kompetenz*). Dicha técnica constituye un instrumento esencial para la práctica arbitral³⁸³, en el sentido de permitir a los árbitros pronunciarse sobre el fondo del asunto de una manera expedita y lograr la consecución de su objetivo cuál es llevar a término la controversia suscitada por las partes³⁸⁴. En relación con el principio competencia–competencia debe decirse que constituye una de las instituciones arbitrales más características del arbitraje comercial internacional de los últimos tiempos y su significado primario consiste en que el tribunal arbitral es el único juez que determina su competencia, al margen de los tribunales de justicia, aunque su decisión pueda ser revisada con posterioridad por el juez

³⁸² *Ibíd.*

³⁸³ Entendido como la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, al igual que, sobre las excepciones referentes a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007, p. 649.

³⁸⁴ K. Haining y B. Zeller, “Can Separability Save ‘Kompetenz–Kompetenz’? When There is a Challenge to the Existence of a Contract?”, *Arbitration*, vol. 76, n° 3, 2010, pp. 493–502.

competente con ocasión de la acción de anulación³⁸⁵. Esta suerte, árbitro juez decide la cuestión en dos momentos distintos pero como quiera que el árbitro actúa en primer lugar el arbitraje puede desarrollarse sin maniobras dilatorias y sin desdeñar los derechos de la parte que considere que el árbitro no tiene competencia, pues esta situación puede resolverse en pieza separada o en el laudo final. En el primer caso normalmente el tribunal arbitral, tras el correspondiente proceso incidental, dictará un laudo interlocutorio en virtud del cual declarará si se considera o no competente y, en este último caso, declinará entrar a juzgar sobre el fondo del litigio. En el segundo caso, si la impugnación de competencia se acumula al fondo del asunto, la parte afectada podrá insistir de nuevo en la incompetencia del tribunal arbitral fundamentando al proceder en varias de las causales que la ley de arbitraje establece para respaldar la acción de anulación. Tanto si lo que se impugna en anulación es el laudo interlocutorio o el laudo final el juez estará en disposición de revisar el razonamiento efectuado por el árbitro y la conclusión a la que haya llegado sólo cuando dicho razonamiento dicha conclusión se hayan efectuado. Dicho en otros términos el juez estatal será competente para resolver sobre la nulidad de dichas decisiones arbitrales pero hasta entonces no se impedido a los árbitros iniciar o continuar sus actuaciones e, incluso, llegar a pronunciar un laudo final. En este punto debe evitarse por parte del juez cualquier idea de confrontación pues en la revisión de lo decidido por el árbitro se opera una especial modalidad de cooperación.

Un mecanismo de tal naturaleza asegura que la obligación de arbitrar pueda llevarse a cabo. Por consiguiente, el principio competencia–competencia es el complemento natural del postulado que establece la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal al posibilitar que el árbitro o el tribunal arbitral determine con carácter provisional su propia competencia favoreciendo de este modo el desarrollo

³⁸⁵ C. González Arrocha, “Kompetenz–kompetenz”, *Classeur del 56º Seminario PIDA sobre Arbitraje Comercial Internacional* (París, 13–16 de octubre de 2003), pp. 1–14.

del proceso arbitral que se vería entorpecido si esa cuestión tuviera que ser resuelta por el tribunal jurisdiccional del país donde se desarrolle el arbitraje. Carecería de sentido que si existe una cláusula de arbitraje que excluye, en virtud de su efecto negativo, actuación de los tribunales de justicia, sean éstos últimos los que resuelvan la cuestión de la competencia del árbitro³⁸⁶. La eventual contrariedad de este postulado con la Constitución ha dado fama internacional a la jurisprudencia panameña, como veremos a continuación, pero también ha suscitado problemas de constitucionalidad en otros sistemas³⁸⁷.

El poder de los árbitros para conocer y decidir acerca de su propia competencia es la directa consecuencia del carácter inherente a la función arbitral, con las limitaciones que establezca la correspondiente normativa arbitral³⁸⁸. La posibilidad que tiene el árbitro de proveer sobre su propia competencia, se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”³⁸⁹. Dichos en otros términos: iniciado el arbitraje y suscitada una excepción de incompetencia, el árbitro único o el tribunal arbitral debe decidir acerca de su competencia, y en

³⁸⁶ P. Schollosser, “The Competence of Arbitrators and the Courts”, *Arb. Int’l*, 8, 1992, pp. 199–200

³⁸⁷ En México, dentro de las manifestaciones anti-arbitraje por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el primero gran ataque surgió en 2006 al negar a los tribunales arbitrales la *kompetenz-kompetenz* y se tuvo que esperar la reforma legislativa de 2011, para verla de nuevo formalmente restaurada. J. Graham, “Mexican Supreme Court Rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz,” *Arbitration*, 2006, 388; Graham & Leal-Isla, “Une atteinte discutable au principe de compétence-compétence”, *Rev. arb.*, 2006, p. 1039; J. Graham, “El principio de la competencia arbitral en la actualidad Mexicana”, *Lima Arbitration*, 2007, p. 240; J. Graham, “El principio arbitral de la kompetenz-kompetenz en la actualidad mexicana”, *Conocimiento y Cultura Jurídica*, 2007, p. 217.

³⁸⁸ Vid. B. Ancel, “O controle de validade da convenção de arbitragem: O efeito negativo da ‘competência-competência’”, *Revista Brasileira de Arbitrage*, nº 6, 2005, pp. 52–63.

³⁸⁹ A. Dimolista, “Autonomie et Kompetenz-Kompetenz”, *Rev. arb.*, 1998, nº 2, pp. 305–359. Vid. Sent. de la Cour de Cassation (1º Ch. C) de 5 de enero de 1999, M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546–548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548–558 ; también, en *Rev. arb.*, 1999, nº 2, pp. 260–262, con nota de Ph. Fouchard, pp. 262–271.

caso decidan que sí lo son se deberá continuar el procedimiento arbitral, debiendo esperar la parte que invocó dicha excepción la finalización de dicho procedimiento, con la expedición del laudo arbitral y sólo, luego de concluido el proceso, tendrá acceso a la revisión de la decisión arbitral, vía anulación del laudo ante la SCJ. Ambos principios, vinculados entre ellos sin duda, han permitido que no se frustre el arbitraje por decisión unilateral de alguna de las partes al pretender que el Poder Judicial resuelva cuestiones vinculadas, accidentales o formales distintos al fondo del conflicto, perturbando y perjudicando el acuerdo arbitral original formado por las parte.

No es factible que el árbitro desempeñe la labor encomendada por las partes, si no dispone de una facultad para verificar la legalidad de su actuación en el concreto procedimiento que debe conocer. La suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar dicha controversia al ámbito judicial.

El principio competencia–competencia es considerado una pieza maestra de la institución arbitral que es una manifestación misma del efecto positivo del convenio arbitral, pues establece el deber de los árbitros de pronunciarse sobre las materias sometidas a arbitraje validando el planteamiento de una de las partes que pretende demostrar la inexistencia o la nulidad de la cláusula arbitral. Pero sin que semejante planteamiento procesal de lugar inflexiblemente a la paralización del procedimiento arbitral. Por este motivo obtiene enorme relevancia práctica, pues evita que la parte renuente a someterse a arbitraje, pretenda recurrir

al Poder Judicial, mediante la interposición de cualquier tipo de acción judicial³⁹⁰.

El denominado principio “competencia–competencia” se configura, pues, junto al principio de la autonomía del convenio arbitral, como una de las instituciones fundamentales del Derecho arbitral³⁹¹ y se refiere a la facultad que tienen los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral (relativas a derechos de carácter disponible por las partes) e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio³⁹². Como se ha apuntado el contenido del principio tiene una relación muy íntima, otro no menos importante en la configuración del arbitraje, cuál es el de la separabilidad de la cláusula arbitral del contrato en el que se inserta. La separabilidad del convenio arbitral no puede justificar, sin embargo, la continuidad de la misión de los árbitros si la causa de invalidez es consustancial al propio convenio arbitral, en cuyo caso, verificada la nulidad del convenio, el árbitro debe dictar resolución declarando su propia incompetencia.

³⁹⁰ R.J. Escovar Alvarado, “La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (principio *kompetenz–kompetenz*)”, *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencia Políticas y Sociales, 2005, pp. 431–458. En Venezuela En la Sentencia 1.067/2010 se decidió que sobre la base del principio de competencia–competencia³⁹⁰ y las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder Judicial sólo pueden realizar un examen o verificación *prima facie*, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral. Éste debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula.

³⁹¹ F. González de Cossío, “El principio compétence–compétence revisitado”, *RCEA*, vol. XXII, 2007, pp. 63–84.

³⁹² La Ley de Arbitraje panameña se aproxima en este punto a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Uncitral, en cuyo art. 16 se establece también que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.

El principio competencia–competencia indica que los árbitros son titulares de la competencia para decidir sobre su propia competencia con anterioridad a cualquier instancia judicial que haya sido activada por las partes, lo que no obsta para que esta decisión sea recurrida por las partes con posterioridad a través del recurso de anulación, y de esta manera se pronuncie el juez estatal sobre lo decidido en esta cuestión por el árbitro. Ello facilita al tribunal arbitral la posibilidad de pronunciarse con carácter provisional sobre la existencia y alcance de su propia competencia cuando se presentan cuestionamientos provenientes de las partes en torno a la validez del pacto arbitral o el alcance de la competencia de los árbitros, que deberán ser demostrados y probados oportunamente. No en vano este postulado tiene como función impedir que una parte, limitándose a invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del arbitraje, al otorgar a los árbitros el poder de decidir –primero– sobre su propia competencia, si bien su decisión será susceptible de ser sometida al control de los jueces estatales a través del oportuno recurso de anulación³⁹³.

Conforme a este mecanismo, el enjuiciamiento estatal del convenio en la declinatoria debe hacerse exclusivamente *prima facie* –es decir, tras una somerísima comprobación de que el convenio arbitral no es manifiestamente inexistente o nulo–, y ese enjuiciamiento queda supeditado al que puedan llevar a cabo los árbitros, controlándose éste, a su vez, por la jurisdicción estatal, con ocasión de la acción de anulación. De esta suerte deberá prevalecer la opinión de los propios árbitros que debe entenderse como la “natural” y que no es otra cosa que una versión extensiva del efecto negativo de la *kompetenz–kompetenz*.

Una de las expresiones más inequívocas de este mecanismo se encuentra en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, cuya aplicación se contrae,

³⁹³ A. Dimolitsa, “Separability and Kompetenz–Kompetenz”, en A.J. Van den Berg, ed., *International Council for Commercial Arbitration Congress series*, n° 9. *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, París, Kluwer Law International, 1999, pp. 236 ss.

no obstante, a los arbitrajes ya incoados, en los que el Juez debe abstenerse de conocer, siempre que “no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”.

La situación también ha sido reconocida expresamente por la Uncitral que adoptó oficialmente el principio, estableciendo al respecto en el art. 21, n° 1 de su Reglamento de arbitraje de 1976, lo siguiente: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado”³⁹⁴. Posteriormente, en la Ley Modelo de 1985, estableció en el

Art. 16, n° 1 (*Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia*). “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

A partir de aquí el principio de la competencia de la competencia se ha generalizado en todos los sistemas de arbitraje observándose cómo traslada al ámbito arbitral una forma reducida del principio jurisdiccional que reconoce a todo órgano judicial decidir sobre su competencia.

Esta facultad reconocida al árbitro debe considerarse como una manifestación o prolongación de los efectos del convenio arbitral, desde una perspectiva positiva; ello implica que a partir de ella los tribunales estatales quedan imposibilitados de pronunciarse sobre esta cuestión que queda reservada exclusivamente a la justicia estatal. A partir de aquí es el propio árbitro el que debe resolver los conflictos que se produzcan en la aplicación y en la interpretación del convenio arbitral, incluyendo la

³⁹⁴ G. Zeiler y K. Hruskovicova, “The Principle of ‘Kompetenz–Kompetenz’ According to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration”, *The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: 25 Years*, Ambers, Maklu, 2010, pp. 109–118.

eventual alegación de nulidad del contrato en el cual se inserta dicho convenio.

Su establecimiento y acogida se ha desarrollado en el marco de las legislaciones de arbitraje más avanzadas, pero aún no ha conseguido una uniformidad total. Ello se puso de manifiesto, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea respecto de la revisión del denominado Reglamento Bruselas I y la posibilidad de insertar en el mismo algunas cuestiones relativas a las relaciones entre árbitros y jueces. No puede desconocerse que todavía ciertos sistemas estatales ofrecen, como ocurrió en Panamá hace unos años, importantes reticencias al reconocimiento de este postulado que en ocasiones son de difícil superación. Efectivamente, es cierto que la mayoría de las legislaciones modernas de los sistemas continentales insertan en principio de competencia-competencia, pero esta aparente unanimidad desaparece si se examina con detenimiento cada legislación en particular apareciendo numerosas discrepancias.

Cabe insistir en que el postulado referido incorpora un significativo componente contractual pues parte de la base de que las partes han conferido una total competencia a los árbitros para la solución de una determinada competencia³⁹⁵ y semejante delegación se considera que es el sustrato de donde nacen las facultades de los árbitros en el sentido de que tras verificar su competencia proseguir el procedimiento o finalizarlo caso de verificar que el convenio arbitral es nulo. Se habla aquí de la doble función del principio competencia-competencia, una de carácter positivo que, efectivamente, faculta a los árbitros a pronunciarse sobre su propia competencia y otra de carácter negativo que faculta a los árbitros para adelantarse al juez ordinario en resolver esta cuestión. Bien entendido que esta preferencia en el tiempo con forma una prioridad de carácter cronológico y no jerárquico.

No obstante, el referido planteamiento no es de aceptación generalizada y se discute si estamos en verdad ante unos poderes que derivan de una confesión efectuada por las partes a los árbitros o una obligación in-

³⁹⁵ M.F. Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009, p. 350 y ss.

herente a la función de árbitros que se pone en marcha tras la aceptación de sus funciones sin necesidad de que exista una mención expresa a tal facultad. En el ejercicio del papel de árbitro lleva aparejado, de esta suerte, el deber de revisar el sustrato del procedimiento que va llevar a cabo y su incumplimiento podría dar lugar a responsabilidades ante las propias partes. A partir de aquí se infiere que aunque el postulado tiene un componente eminentemente contractual su consideración reposa esencialmente en una base legal. Por eso es muy importante que las legislaciones de arbitraje determinen con precisión esta materia.

En orden a sus consecuencias debe de apuntarse que el árbitro no está obligado, en caso de que se impugne su competencia con fundamento en la eventual inexistencia o nulidad del contrato que contiene el convenio, a interrumpir el procedimiento arbitral. Pero a partir de este momento quien debe resolver la cuestión es él, habida cuenta de que están en perfectas condiciones para decidir esta cuestión en función de la protección de los intereses de las partes³⁹⁶. Es, en efecto, el interés de las partes el que determina que el órgano arbitral incluya dentro de su misión valorar la existencia validez del convenio arbitral.

La competencia del árbitro se extiende de este modo a resolver una cuestión de carácter sustantivo, determinar la validez o existencia del contrato que incluye la cláusula arbitral y, consecuentemente ante una eventual alegación de nulidad del contrato está obligado a examinar esta cuestión³⁹⁷, con el objeto de impedir que pueda desaparecer la competencia para resolver la controversia. Para tal pronunciamiento, como es obvio, el árbitro o el tribunal arbitral debe estar válidamente constituido, no resultando procedente si esto no ocurre; tal es el caso de que las par-

³⁹⁶ J.C. Fernández Rozas *et al*, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007, p. 649.

³⁹⁷ Como bien señala E. Artuch Iriberry, la cuestión más controvertida de este principio se relaciona precisamente con la decisión del árbitro sobre la existencia y validez *ab initio* del contrato que contiene la cláusula, de forma que se otorga competencia al árbitro, sobre la base de una cláusula potencialmente inválida, para decidir sobre la causa de su competencia. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, p. 213.

tes renunciando a la competencia del árbitro acudan directamente a la jurisdicción ordinaria o que tal iniciativa provenga de una de ellas, sin oposición de la otra. En este último caso la justicia ordinaria no podría inhibirse del conocimiento de la cuestión.

De lo expuesto hasta ahora se infiere que la justicia arbitral posee una prioridad en el tiempo en relación con la justicia estatal para pronunciarse acerca de la validez o del alcance del convenio arbitral³⁹⁸, caso de que tanto el árbitro como, en su caso, el tribunal arbitral estén válidamente constituidos. Son ellos, pues, los facultados en primer término para pronunciarse sobre la cuestión en garantía de las partes de que el procedimiento arbitral que ya se ha iniciado no pueda ser paralizado o suspendido³⁹⁹.

2. Sentencia de la CSJ de 13 de diciembre de 2001 (Pydsa Panamá, S.A.) y la constitucionalización del principio competencia–competencia

La CSJ consideró esta cuestión en la Sentencia de 13 de diciembre de 2001 (*Pydsa Panamá, S.A.*), declarando inconstitucionales los párrafos primero y tercero del art. 17 del Decreto Ley n° 5 1999⁴⁰⁰. Dicho fallo contó con el salvamento de voto por parte cuatro Magistrados, de un total de nueve Magistrados que conforman el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. La Corte resolvió que el principio según el cual los árbitros son competentes para dirimir toda controversia sobre su propia competencia violaba el derecho fundamental constitucional de todo ciudadano a acceder al sistema estatal de justicia. Según precisa el precepto impugnado:

“El tribunal arbitral deberá decidir, de oficio o a petición de parte, acerca de su propia competencia y del ámbito a que ésta se extienda, incluso pronunciándose sobre la invalidez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral.

³⁹⁸ B. Oppetit, “Justice étatique et justice arbitrale”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp.414–426.

³⁹⁹ E. Silva Romero, “Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz–Kompetenz”, *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, pp. 579–588.

⁴⁰⁰ Vid. sobre este asunto J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje...*, op. cit., n° 233.

La excepción de incompetencia deberá ser promovida a más tardar en el escrito de contestación a la demanda, en su caso.

El tribunal arbitral decidirá las cuestiones sobre su competencia, en una decisión de carácter previo, que se hará en el plazo máximo de un mes a partir de su constitución, sin perjuicio de su reproducción en el laudo. La decisión sobre la competencia podrá ser impugnada por las partes, con motivo del recurso de anulación, o en el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, según proceda.”

Como puede observarse el referido precepto establece la facultad que posee el tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia frente a un caso determinado, ya sea de oficio o a petición de parte promovida a través de una excepción de incompetencia, incluso el tribunal arbitral podrá pronunciarse sobre la invalidez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral. También establece en qué momento debe presentarse esta excepción de incompetencia y en cuánto tiempo se ve obligado el tribunal arbitral a decidir, al igual que establece los medios de impugnación a que se debe recurrir para la decisión tomada por el tribunal⁴⁰¹.

Cabe recordar aquí que para poder acceder a la jurisdicción arbitral se requiere fundamentalmente la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes, que mediante un convenio acuerden que ante conflictos futuros que pudiera suscitarse entre las partes, en vez de ir a los tribunales de justicia ordinarios, se acudirá ante los tribunales arbitrales, ya que se caracterizan por ser rápidos y eficaces. Como sabemos quienes acuden a estos tribunales arbitrales son particulares y más especialmente aquellos operadores del comercio internacional cuyas actividades yacen en el plano supranacional y produciendo efectos transfronterizos, por lo que son muchos los intereses de las partes en juego y dirigir sus peticiones o reclamaciones ante los tribunales estatales constituiría una demora dentro de sus actividades.

⁴⁰¹ El conspicuo profesor Gilberto Boutin en sus comentarios al Decreto-Ley 5 de 8 de julio de 1999 afirmó que el principio *Kompetenz-Kompetenz* era una regla que no había sido reconocida anteriormente ni por el reglamento de la Cámara de Comercio, ni por el Código Judicial de 1986, en donde el foro arbitral debe pronunciarse si verdaderamente tiene competencia para conocer sobre el objeto y establecer su propia extensión o restricción de su capacidad para juzgar.

El recurrente consideró infringida fue el art. 32 de la Constitución Nacional (“Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, política o disciplinaria”). Según la actora la norma impugnada desconocía una de las garantías esenciales amparadas por dicha norma, cual es la garantía de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial por atribuir al tribunal arbitral la facultad de conocer sobre la excepción de incompetencia que pudieran promover cualquiera de las partes. En argumento de la actora descansaba en un supuesto interés personal de los árbitros en el resultado de su decisión en torno a la excepción de incompetencia al tener una incidencia directa en la remuneración que van a percibir por su actuación dentro del arbitraje, toda vez que en caso de resolver favorablemente una excepción de incompetencia, el proceso arbitral concluiría en su etapa inicial, con muy poca actuación por parte de los árbitros y, dando esto por sentado, la remuneración que recibirían sería menor que aquella que habrían recibido de haber mantenido la competencia y de haber conocido el proceso arbitral en todas sus fases, hasta dictar el laudo arbitral. Con otras palabras, los árbitros tienen un interés personal al examinar una excepción de incompetencia que puede llegar a afectar la imparcialidad que debe tener todo tribunal al impartir justicia, lo que atenta contra la garantía del debido proceso señala en el art. 32 de la Constitución. Esta argumentación no fue admitida por la Procuraduría General de la Nación insistiendo en el hecho de que son las partes quienes, generalmente, eligen a los árbitros, en función del conocimiento que se tienen de ellos, en cuanto a su profesión, pericia, su experiencia en la materia del conflicto; además de su confiabilidad en lo referente a neutralidad y aptitud para el juzgamiento. Además, el hecho de que el tribunal arbitral conozca de su competencia, para nada incide en que el mismo sea imparcial, por el hecho de recibir remuneración de las partes. Finalmente, la Procuraduría argumentaba que la imparcialidad de los árbitros está garantizada por varios mecanismos desarrollados en el Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999, en cuanto a su elección la cual corresponde a las partes y no a una en particular, la reglamentación para su escogimiento, así como los supuestos que impiden ser árbitros, y las

causas de recusación. Abierto un trámite procesal para que todas las personas interesadas en el caso presentaran argumentos por escrito compareció el Doctor Ulises Pitti, en nombre y representación de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá y del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. En sus alegatos negó la inconstitucionalidad del referido art. 17 ya que al pactarse el convenio arbitral de conformidad con lo querido por las partes, las mismas quedan sujetas a un procedimiento que es señalado en el propio convenio arbitral; añadió que no hay arbitraje si no nace de un acuerdo cuya soberanía emana de las propias partes que deciden que sea de un tercero el que administre justicia⁴⁰².

Ante los argumentos expuestos la Corte de decidió declarar la inconstitucionalidad de los párrafos primero y tercero del art. 17 del Decreto Ley nº 5 1999 con el argumento de que

“Una auto limitación del acceso a los tribunales voluntariamente acordada, como es el arbitraje, es conforme a la Constitución, pero el art. 17 impugnado permite que a una parte se le niegue dicho acceso, en contra de su voluntad. Ello es así, porque atribuye a árbitros privados, al resolver la excepción de incompetencia

⁴⁰² El Dr. Pittí no sólo se pronunció en nombre y representación de la Cámara de Comercio, industrias y Agricultura de Panamá, sino también en nombre propio al considerar “que el convenio arbitral es un contrato en virtud del cual las partes, personas naturales o jurídicas, acuerdan someter una controversia que surja o pueda surgir a juicio de uno o varios árbitros, quienes resuelven a través de una sentencia o laudo y que la misma tiene efecto de cosa juzgada. Y que en virtud de la autonomía de la competencia de los árbitros está limitada a decidir respecto de la capacidad de las partes para transigir al momento de suscribir el convenio y si las materias o asuntos sometidos a su decisión son materias arbitrales. En Derecho arbitral bien entendido, esto es la competencia de los árbitros. Este concepto, aunque ligado al anterior, no es sinónimo de imparcialidad, tal como lo confunde el recurrente, porque imparcialidad es ‘actitud recta, desapasionada, sin perjuicios, ni prevenciones al proceder o al juzgar’. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, estas designan sus árbitros y pagan sus honorarios y ello no viola el art. 32 de la Constitución Nacional, puesto que bajo ningún concepto se afecta la competencia de los árbitros ni su imparcialidad por el hecho de percibir, estos conforme a unas reglas preestablecidas, los honorarios atinentes a la prestación de sus servicios, conforme su idoneidad y especialidad. Aunado a lo anterior, las partes gozan del recurso de anulación cuando el laudo contiene decisiones que exceden el ámbito o alcance de la competencia del tribunal arbitral”.

y fijar su propia competencia, la potestad jurisdiccional de obligar a una parte a someterse al arbitraje aún si estima que los árbitros no son competentes para conocer de su pretensión. Esto implica una negación del derecho a la tutela judicial protegido por el art. 32 constitucional”.

Como puede observarse el Pleno de la Corte reconoció que efectivamente el art. 32 de la Constitución Política había sido infringido, por lo que no me queda más que estar en desacuerdo con la decisión emitida. A lo largo de este fallo la Corte se basó en la resolución de 29 de octubre de 1992, establece que determinó que el art. 32 de la Constitución, además de la garantía del debido proceso, también consagra aunque no expresamente el derecho fundamental a la tutela judicial, que es el punto donde la Corte se apoyó para decidir sobre la infracción constitucional, cuando afirmó que:

“... que la resolución del Ministerio de Comercio e Industria que ha sido impugnada, también infringe el art. 32 de la Constitución Política, porque al hacer obligatoria la cláusula compromisoria en contratos de adhesión, impide el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos.”

La Corte entiende por tutela judicial como el derecho que tiene todo particular de acceder libremente a los tribunales de justicia, con la finalidad de que sean tutelados sus derechos que se encuentran consignados en la ley sustancial. Esta tutela judicial se encontraba fijada, a juicio de la Corte, en los art. 212 de la Constitución Política y en el art. 231 del Código Judicial. Dichos preceptos fueron el respaldo para decidir sobre la infracción constitucional.

“Al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltas en ocasiones mediante transacciones privadas”.

No cabe duda que el fallo relatado desconcierta pues si previamente las partes en un convenio arbitral acuerdan ir ante un tribunal arbitral, el Estado debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes y no in-

tervenir, y es más cuando una de las partes se dirija a un tribunal ordinario, este deberá remitirlo al tribunal arbitral para que se cumpla con lo pactado. De esta suerte es la misma ley substancial es la que permite ejercer sus funciones jurisdiccionales a los árbitros u arbitradores, limitando así la tutela judicial, tal como lo establece el art. 231 del Código Judicial.

La prueba es que esta polémica decisión no fue seguida, como se apuntó con anterioridad, por cuatro magistrados de la Corte en dos votos particulares. El primero, suscrito por los magistrados A. Arjona L. y J.A. Jacome de La Guardia recoge la doctrina de los especialistas en arbitraje citando al efecto a autores como J.M^a Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 9 de octubre de 1989⁴⁰³, la inaplicación al caso de la Sentencia de la Corte Suprema de 29 de octubre de 1992 y el contenido de la Convención de Panamá de 1975, reconociendo valor al principio de que los árbitros tienen facultad para decidir sobre su propia competencia, sin perjuicio de que el laudo pueda ser revisado posteriormente en este aspecto por alguna instancia jurisdiccional del Estado, para concluir que el controvertido art. 17 se limita a reconocer un principio universal que tiene vigencia en el arbitraje y que se justifica para evitar que la institución se desnaturalice mediante la interferencia de la jurisdicción estatal, la cual sólo en determinados casos tiene cabida. En su opinión

⁴⁰³ De conformidad con esta decisión, el empleo del arbitraje no supone una usurpación de las funciones jurisdiccionales que corresponden al Estado o, si se quiere, un desentendimiento de la función jurisdiccional. A mayor abundamiento, la STC 288/1993, 4 de octubre afirmó que el arbitraje "... es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada". Posteriormente la STC 176/1996 de 11 de noviembre, reiteró la función del arbitraje como medio heterónomo de arreglo de controversias. *Vid.* A.J. Valencia Mirón, "El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de arbitraje. Comentario a la STC (Sala 2ª) nº 176/1996, de 11 de noviembre", *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 152–159.

“El derecho de la tutela judicial, por tanto, no se ve comprometido ni restringido por el hecho de que los árbitros puedan fijar ellos mismos su ámbito competencial, pues, además de ser éste un principio universal que se reconoce en el arbitraje, la parte afectada sí cuenta con la oportunidad de suscitar una revisión jurisdiccional del Estado mediante la promoción del Recurso de Anulación del laudo tal como lo consagra el art. 34 numeral 1 literal C del Decreto Ley n° 5 de 1999. Es decir, que aún en el caso de que los árbitros incurran en error al interpretar el ámbito de su propia competencia, la parte puede promover contra el laudo dicho Recurso de Anulación, con lo cual se está garantizando y preservando, precisamente, el derecho a la tutela judicial y al debido proceso”.

El segundo voto particular fue suscrito por los magistrados G.J. Dixon y J.A. Troyano justificando su opinión en las tesis que defienden el talante jurisdiccional de la función arbitral. Con estos datos consideran que los árbitros tienen la facultad de administrar justicia con apoyo en la jurisdicción que la ley le otorga a los árbitros, con sostén en la propia Constitución, si bien dentro de los límites que las partes le señalan en el convenio arbitral o al momento de someter la controversia a las consideraciones del tribunal. En otras palabras, los árbitros se convierten en verdaderos jueces y al decidir sobre su competencia. Por eso, si los jueces ordinarios, de conformidad con los arts. 713 y 717 del Código Judicial, deciden, de oficio o a petición de parte, sobre su propia competencia esta no es facultad exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia, como deja entrever la sentencia, al negar a los árbitros la posibilidad de resolver sobre su propia competencia.

Curiosamente la Corte Suprema no reparó en que dentro del mismo Decreto-Ley 5 de 8 de julio de 1999 estaba el art. 11 que determina los efectos sustantivos y procesales del convenio arbitral y que dentro de estos últimos se halla la declinación de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral.

La lectura de dicho precepto evidencia el poder de los árbitros para conocer y decidir acerca de su propia competencia. Éstos no podrían realizar la labor encomendada por las partes, si no depusieran de este poder mínimo para examinar, en primer lugar, la legitimidad de su actuación dentro del proceso incoado. Si el efecto peculiar del acuerdo ar-

bitral es atribuir competencia a los árbitros para decidir sobre la discrepancia que opone a las partes, lo que correlativamente trae en consecuencia la incompetencia de los tribunales judiciales, es obligado reconocer a los árbitros el poder para que por sí mismos, o a solicitud de una de las partes examinen *prima facie* el título por el que intervienen en la contienda y la extensión de sus poderes.

Afortunadamente, con posteriormente, esta norma fue restituida y para fortalecer la misma se elevó a rango constitucional el tema de la competencia y de esta suerte se incorporó en el art. 202, *in fine*, el siguiente texto: “Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”. Y como consecuencia de ello la Ley nº 15 de 22 de mayo de 2006 modificó ciertos artículos del Decreto–ley nº 5 de 1999 relativos al convenio arbitral (art. 7: controversias en las que no se haya pactado convenio y capacidad del Estado para someterse a arbitraje) y restituyó la vigencia del art. 17 (competencia–competencia). En el primer caso se adecuó el texto a las previsiones constitucionales en el sentido de que los convenios arbitrales tienen eficacia por sí mismos cuando éstos hayan sido establecidos en el momento de la celebración del contrato principal, reservándose la exigencia de la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos litigiosos en los que el Estado sea parte (art. 200.4º Constitución⁴⁰⁴). En el segundo caso el legislador panameño volvió a declarar la vigencia de la norma sobre competencia–competencia que había sido declara inconstitucional por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de diciembre de 2001. Como es obvio, los efectos de esta declaratoria de inconstitucionalidad suscitó no pocas cuestiones de Derecho transitorio pues y en algunos casos los tribunales arbitrales han tenido que esperar que la corte dictase una

⁴⁰⁴ De acuerdo con este precepto, son funciones del Consejo de Gabinete “4. Acordar con el Presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación. Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos”.

resolución, para poder reactivar el proceso arbitral que se mantiene suspendido mientras se resolvía la excepción de incompetencia. Por ello muchos procesos arbitrales han quedado varios años en suspenso, hasta contar con una la resolución expresa que se pronunciase acerca de la excepción, con los efectos negativos que la demora produce para la parte que reclama un derecho y que pretendía infructuosamente ejecutar el laudo.

3. Revisión de la doctrina de la CSJ: la Sentencia de 27 de agosto de 2009

Pese a la contundencia de la reforma que hemos estudiado Esta decisión conoció la Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado E.H. Cedeño Vásquez, contra la frase “La decisión sobre competencia podrá ser impugnada por las partes, con motivo del recurso de anulación, o en el trámite de reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral, según proceda”, contenida en el tercer párrafo del art. 17 del Decreto Ley N° 5 de 1999, restituido en su vigencia por el art. 3 de la Ley N° 15 de 22 de mayo de 2006. De acuerdo con el impugnante de conformidad con el art. 202 de la Constitución no debía conceptualizarse como constitucional el criterio legal que surge del texto regulado a saber en el art. 3 de la Ley N° 15 de 22 de mayo de 2006, que permite a determinadas instancias del Órgano Judicial, ya sea en trámite de recurso de anulación como el actual—, ante la presente Sala Cuarta de la Corte Suprema; o por medio de algún incidente de nulidad que se presente al respecto, dentro del procedimiento de ejecución de laudo arbitral, ante un juzgado de circuito, de lo civil: calificar, enjuiciar o apreciar en forma coetánea o paralela a lo que dispusieran los tribunales arbitrales— la competencia jurisdiccional aplicada por estos, en sus particulares causas.

Por su parte el Procurador de la Administración sostuvo que la norma acusada no era inconstitucional pues dicho precepto, tras su reestablecimiento, implica que el Tribunal Arbitral se encuentra nuevamente facultado para resolver, de oficio o a petición de parte, en torno a su propia competencia y el ámbito dentro del cual la misma opera. Y aña-

dió que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral mantiene una reserva legal, que permite la creación, por vía legislativa, de los mecanismos de impugnación de las decisiones del tribunal, lo que era concordante, con los motivos para la interposición del recurso de anulación y el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos, que disponen los arts. 34 y 38 del Decreto Ley 5 de 1999. Por ser dicho planteamiento, en su opinión, conforme con la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, su correspondiente reglamento y la Convención de Nueva York de 1958, para el reconocimiento y ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras, que incorporan la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia, “sin perjuicio de que el laudo pueda ser revisado posteriormente en este aspecto por alguna instancia jurisdiccional del Estado.

El Pleno de la CSJ recordó que, ciertamente, el art. 17 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, fue objeto de pronunciamiento por parte del Pleno y que en aquella ocasión se declararon inconstitucionales sus párrafos primero y tercero. Pero también recordó que dicha decisión no fue compartida por la totalidad de los miembros del Pleno de aquel entonces y que con los Actos Legislativos N° 1 y N° 2 de 2004, se incorporó, en el art. 202 del texto constitucional, el expreso reconocimiento de la jurisdicción arbitral y la facultad de los tribunales arbitrales para conocer y decidir sobre su propia competencia. De esta suerte la Ley 15 de 22 de mayo de 2006 restituyó la vigencia de la norma acusada.

Y tras estos prolegómenos entendió que el fundamento que asumió esta Corporación de Justicia en la Sentencia de 13 de diciembre de 2001, con las observaciones contenidas en los salvamentos de voto, debía variar, sobre la base del texto del art. 202 de la Constitución Política. Consecuentemente rechazó los argumentos del accionante, afirmando entre otras cosas que

“... el ejercicio de la jurisdicción arbitral tiene su vigencia y validez por disposición del constituyente, y sus restricciones y alcances operan en el marco que la propia Constitución define y en el contexto de los principios jurídicos aplicables a la administración de justicia.

En ese contexto, lo que la norma constitucional señala es la facultad reconocida al Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre su competencia para conocer de una causa, nada dice la norma respecto a la posibilidad de impugnar dicha decisión, *a contrario* de lo que señala el accionante.

De hecho, como señala la vista del Ministerio Fiscal, la normativa internacional en materia de reconocimiento de laudos arbitrales reconoce la posibilidad que el mismo sea revisable por instancias jurisdiccionales del Estado, tal como se deduce de la lectura del art. 5 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 1958) y del art. 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975).

No debe perderse de vista que, si bien es cierto el desenvolvimiento de la jurisdicción arbitral tiene su origen en un acuerdo entre las partes, la fuerza de la decisión es resultado de la validación que de la misma hace el Estado, pues lo contrario redundaría en un acuerdo privado, cuya firmeza, en caso de diferendo, requeriría de la intervención de las autoridades jurisdiccionales.

Asimismo, la competencia de los temas a los cuales puede abocarse el Tribunal Arbitral están condicionados por el propio Decreto Ley en el art. 2, al excluir temas que no pueden ser tratados por el mismo, o en el art. 34 del Decreto Ley, cuando se ocupa del Recurso de Anulación. Ignorar la posibilidad que el tema de la competencia sea un factor a debatir en la esfera jurisdiccional ordinaria no implica desconocer la eficacia y valor de la jurisdicción arbitral, sino su carácter humano y por tanto falible.

Es menester acotar que el Recurso de Anulación del Laudo, destaca por ser un mecanismo de control de las garantías formales que hacen nacer y rigen el desarrollo del Proceso Arbitral, su finalidad es destacada por Martín Brañas, cuando señala su función de garante de la tutela judicial efectiva, e indica: “Como ya se ha adelantado, la acción de anulación es diseñada por el legislador para que forme parte del conjunto de instrumentos que evitan la total emancipación del sistema arbitral respecto de la Jurisdicción, impidiendo ello, que las partes en conflicto puedan verse, una vez aceptada la solución arbitral, definitivamente despojadas de su derecho de acceso a los tribunales” (Martín Brañas, C, “La Acción de Anulación frente a Laudos Arbitrales: Especial Referencia a su Tramitación Procedimental”, en *Revista Foro*, Nueva época, Núm. 3/2006, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006, p. 117).

En ese contexto, es obligado para el Estado responder por que las actuaciones jurisdiccionales se sometan a las garantías que la propia constitución señala, y de ella no escapa la jurisdicción arbitral. La tutela judicial efectiva, al trascender de las nociones tradicionales de Proceso y acuerdo de las partes, se surte como basamento del Estado de Derecho y se encuentra por encima de los tribunales. Parte de esa tutela descansa en la legalidad de las actuaciones legitimadas por el Estado, el Laudo Arbitral, y con ello en la competencia de la autoridad que las dicta.

Por último, el origen de la competencia del Tribunal Arbitral se encuentra en el acuerdo entre las partes, pero legitimada por la Ley, entonces el alcance de sus facultades no puede trascender de la voluntad del legislador, pues es éste el que le da forma al reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral, a través de la reserva legal que hace el art. 202 de la Carta Política”.

En consecuencia el Pleno de la CSJ consideró que la frase “La decisión sobre competencia podrá ser impugnada por las partes, con motivo del recurso de anulación, o en el trámite de reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral, según proceda”, contenida en el tercer párrafo del art. 17 del Decreto Ley 5/1999, restituido en su vigencia por el art. 3 de la Ley N° 15 de 22 de mayo de 2006, no es inconstitucional.

III. Cuestiones de inconstitucionalidad derivadas del convenio arbitral

1. Ámbito del convenio arbitral

Como se ha apuntado en el Capítulo anterior la piedra maestra del arbitraje es el convenio arbitral en virtud del cual las partes enuncian su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica. Conformado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral⁴⁰⁵. De esta suerte, las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código civil que se refieren a los contratos. Dentro de nuestro Derecho de contratos y específicamente en el ámbito de la interpretación de los contratos es un principio primordial el del valor preferente del texto escrito, como recoge el art. 1132 del Código civil. Las

⁴⁰⁵ J.L. Goutal, “L’arbitrage et les tiers: le droit des contrats”, *Rev. arb.*, 1988, p. 442. pp. 439–455.

normas de interpretación de los contratos establecidos entre ellas la norma que hace referencia a que las cláusulas oscuras de los contratos (art. 1139) no puede favorecer a la parte que hubiese dado lugar a las mismas⁴⁰⁶. Además, con el Decreto ley 5/99 se varió la exigencia sustancial del Código Civil (art.1510) en cuanto a la capacidad de quienes pueden someter sus controversias a arbitraje. Mientras el Código civil limitaba la capacidad de someter a compromiso las controversias a aquellos con capacidad suficiente para transigir, con el referido Decreto Ley se exige que quien desee someter a arbitraje un conflicto debe tener capacidad de obligarse. Esta variación obedece a que la capacidad de obligarse es más amplia que la capacidad de transigir. Obligarse puede cualquiera, pero disponer de los bienes requiere capacidad expresa.

La forma escrita genera una especial seguridad para el conocimiento de la voluntad negocial de las partes contratantes. El consentimiento contractual se otorga a lo que indica gráficamente el contrato. La letra del contrato, o dicho de otro modo, lo expresado gráficamente en el texto del contrato es, en principio, el verdadero contenido de lo que las partes han decidido y aceptado. La validez del convenio arbitral depende de la concurrencia de los presupuestos o elementos –esenciales y naturales– del negocio jurídico integrante de ese convenio, es decir, consentimiento, objeto y causa conforme a los señalados en el art. 1112 del Código civil, precepto que, a tenor de su enunciado, contiene la disposición general sobre los “requisitos esenciales para la validez de los contratos”.

El convenio arbitral debe ser aceptado por las partes contratantes de manera clara, expresa e inequívoca y que la cláusula debe ser clara y sin ofrecer duda racional sobre la intención de dichas las partes de tal suerte que las palabras empleadas no permitan otra interpretación distinta de la que se desprende de su literalidad, y todo ello tiene especial trascenden-

⁴⁰⁶ Vid. J. Rosengren, “Contract Interpretation in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 30, n° 1, 2013, pp. 1–16.

cia cuando la cláusula compromisoria aparece incorporada a unas condiciones generales, a su vez unidas a un contrato⁴⁰⁷.

Resulta un tópico la referencia a que el convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales, al sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de aquellas controversias que se encuentren afectadas por el convenio arbitral⁴⁰⁸. El convenio arbitral forma parte de la relación contractual de las partes, proporcionando estabilidad y garantizando un método especializado y rápido de resolución de aquellas controversias que pudiesen surgir en relación con el contrato. Además, el convenio arbitral puede hoy referirse a aquellas controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, pudiendo las partes delimitar en el convenio arbitral la categoría de controversias que van a someter a la decisión de los árbitros, sean o no de naturaleza contractual. La naturaleza voluntarista del arbitraje comercial es la esencia del arbitraje. Es en la voluntad de los operadores del comercio internacional, expresada a través del acuerdo de arbitraje y del contrato de árbitro, que se encuentra la fuente del poder jurisdiccional de los árbitros del comercio internacional, los términos y los límites de su misión y la fuerza

⁴⁰⁷ J.C. Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697–725.

⁴⁰⁸ M^a.C. Gete-Alonso Calera, “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1990–2, p. 1033. En la jurisprudencia española resulta elocuente el pasaje de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 30 de mayo de 1992: “... el planteamiento obliga a recordar la doble concepción que el arbitraje tiene en nuestra Doctrina, entendiendo autores de prestigio en la Cátedra y en el foro (tesis procesalistas) que el árbitro es un juez (...), mientras que otras corrientes de opinión jurídica, de no menor altura científica en sus aplicaciones (tesis privatistas) sitúan la institución en el campo contractual. Optar por una y otra posición, que no son totalmente definitivas, tampoco parece que sea una decisión que venga a resolver la cuestión, pues el arbitraje participa de una doble esencia, fundada en el contrato cuando se pacta privadamente el futuro decisorio de los problemas que puedan surgir y al tiempo, margina, evita o al menos suspende temporalmente la aplicación de un régimen de orden público como es el de acudir para dirimir la discordia al juez ordinario predeterminado por la ley a quien compete juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

obligatoria de sus órdenes y decisiones. El régimen del arbitraje comercial se fundamenta y se estructura en función de la voluntad de los operadores del comercio internacional, del encuentro de sus voluntades. Ese encuentro de voluntades de acudir al arbitraje, el acuerdo de arbitraje, será seguido de un contrato de árbitro que investirá al árbitro de todo su poder, de forma directa en el arbitraje independiente o de forma indirecta en el arbitraje institucional.

La habitual presencia de cláusulas de arbitraje que son impuestas en determinados contratos: pólizas de seguros, contratos de transporte de mercancías o contratos bancarios han puesto la voz de alarma contra la institución arbitral por considerar que no concurre una voluntad de aceptación por parte de quien los suscribe dada su calidad coactiva e insustituible y que, con ello, ésta queda despojada de su derecho de acudir a la jurisdicción estatal reclamando justicia⁴⁰⁹. Se trata de situaciones en que se rompe el equilibrio entre las partes contratantes y donde pueden vulnerarse las exigencias de seguridad jurídica y que suponen una clara perversión de las reglas mínimas que deben inspirar la redacción de los denominados contratos tipo o cláusulas tipo y que únicamente puede ser corregida mediante la acción del Estado o de determinadas Organizaciones internacionales⁴¹⁰. No en vano ciertas legislaciones de arbitraje declaran nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en una situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

Algunos sistemas de arbitraje son muy perceptivos de que cuando estamos en presencia cláusulas de arbitraje particularmente desequilibradas en favor de una parte en los contratos de adhesión tenga lugar una especial tutela de la parte débil⁴¹¹.

⁴⁰⁹ R.J. Caivano, "La cláusula arbitral en contratos de adhesión", *La Ley* (Buenos Aires), t. 1996-E, pp. 1103-1112.

⁴¹⁰ Situación que hemos denunciado y sobre la que nos hemos detenido en su día. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum*..., *op. cit.*, pp. 130-135.

⁴¹¹ Con carácter general, en relación a la protección de la parte débil en los contratos de adhesión en el comercio internacional, *vid.*, J.M. Gondra Romero, "Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional", *Estudios en Homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 233-

2. Validez de la sumisión a arbitraje acordada por el Estado

A) Planteamiento de la cuestión

Como ha puesto de relieve el profesor J.C. Fernández Rozas en esta materia se está produciendo una superación de la tradicional manifestación de la soberanía del Estado⁴¹². Nos hallamos ante una práctica que aún no se ha generalizado del todo en América Latina⁴¹³. En esta tesitura está siendo abandonada no sin dificultades y con el paso del tiempo la ancestral reticencia por motivos constitucionales de participar las Administraciones públicas en procedimientos de arbitraje comercial internacional y se observan importantes vías de apertura. Asimismo, se va desechando la idea de que la aceptación en el ámbito de los contratos administrativos suscritos entre autoridades de la Administración pública y

247; P. Mayer, “La protection de la partie faible dans droit international privé”, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, París et Louvain, 1996, pp. 513 ss y, F. Pocar, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye de Droit International*, 1984, p. 349.

⁴¹² “Hasta hace un cuarto de siglo la presencia de los Estados de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, entre los que se hallaban la mediación y el arbitraje, estaba dominada por la noción de soberanía y, al hilo de esta constatación, se caracterizaba por la acción de las excepciones basadas en la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución (...). La soberanía, en efecto, fue el gran argumento jurídico-político para apartar a los Estados del arbitraje, en la idea de que una entidad soberana sólo podía someterse a la decisión de sus propios tribunales internos. Si la presencia del interés público justifica la existencia misma del Derecho administrativo, esto condiciona también a las partes para sustituir la acción de los tribunales por los árbitros. La doctrina francesa era representativa de esta tendencia al afirmar con rotundidad que, como principio, el Estado no puede someter sus procesos al arbitraje, puesto que este constituía una forma de sustraer a la administración de su juez natural que es la jurisdicción administrativa” (cf. *Tratado de arbitraje*, op. cit., nº 664).

⁴¹³ J.H. Gil Echeverry, “El arbitraje en las relaciones del Estado”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje* (www.servilex.com.pe/congreso_panama/b-01.html). R. Bernal Gutiérrez, “El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica”, *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre 2004; F. García Ortell, “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 16, 2013, pp. 57-66; F. González de Cossío, “Arbitraje y contratación gubernamental”, *ibíd.*, nº 15, 2012, pp. 119-132.

empresas particulares nacionales o extranjeras de una cláusula compromisoria no es otra cosa que una oficialización de la corrupción⁴¹⁴.

Siguiendo con el pensamiento del citado autor “desde la perspectiva de los contenciosos internacionales esta situación ha experimentado un cambio radical partir de la segunda guerra mundial, al propiciar muchos Estados la reconstrucción de las economías, señaladamente en los países en desarrollo en los que únicamente determinados proyectos económicos o comerciales podían desplegarse con la participación directa o con la garantía estatal. Ello explica que se firmaran con frecuencia contratos cuya cláusula final recogía el compromiso de someterse al arbitraje internacional⁴¹⁵. La propia evolución del Derecho de los negocios internacionales ha contribuido en buena medida a que se produjera un cambio en la situación descrita eliminando la tradicional prohibición del arbitraje para las personas de Derecho público cuando participen en contratos mercantiles de carácter privado celebrados con sociedades extranjeras”⁴¹⁶.

La práctica registra la admisión de la capacidad del Estado y demás personas jurídico-públicas para comprometer en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales⁴¹⁷. La actividad pública sometida a las formas del Derecho privado requiere la eventualidad de acudir al arbitraje y someterse a las obligaciones asumidas. No existe obstáculo para que el Estado, desprovisto de prerrogativas de poder público, utilice el arbitraje como medio normal de solución de conflictos jurídicos en el

⁴¹⁴ J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje*, op. cit., nº 6704.

⁴¹⁵ F. Mantilla Serrano, “El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea”, loc. cit., nº 2, 2005, pp. 77–95.

⁴¹⁶ Cf. J.C. Fernández Rozas, “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 39–90, esp. p. 48.

⁴¹⁷ El Auto Constitucional de 8 de abril de 2005 (*Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. / Administración de Servicios Portuarios de Bolivia*) rechazó un recurso indirecto o incidental de constitucionalidad contra el art. 4 LA Bo en cuyo ap. 1º se establece que “Podrán someterse a arbitraje, las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de Derecho privado o de naturaleza contractual”.

ámbito internacional. La renuncia a la inmunidad que representa el arbitraje puede aceptarse sin trabas en las relaciones jurídico–privadas. El problema surgirá cuando sea preciso establecer una distinción entre la actividad *iure imperii* y la actividad *iure gestionis*, y ante un supuesto concreto. La realidad es más compleja que el planteamiento teórico y en ocasiones la frontera entre ambas pautas de la actividad estatal será difícil de establecer. La práctica arbitral internacional de los contratos de Estado es abundante en la aparición de una problemática que es específica de los arbitrajes en que participa el Estado⁴¹⁸. En efecto, la capacidad del Estado o de una entidad pública para comprometerse a través de la firma de una cláusula compromisoria es de orden público transnacional de Derecho del arbitraje internacional⁴¹⁹. Ello no sólo ha sido convalidado únicamente por la doctrina sino también por la jurisprudencia internacional. Desde la sentencia *Galakis* de 2 de mayo de 1966 en la cual la Corte de Casación francesa construyó una doctrina de total aceptación en el Derecho de los negocios internacionales⁴²⁰, pasando por el asunto *Gatoil* de 17 de diciembre de 1991⁴²¹, que confirmó la jurisprudencia *Galakis*. Como es bien sabido, este asunto enfrentó a una sociedad panameña Gatoil y a una sociedad iraní, NIOC y en él se alegó la invalidez de la cláusula compromisoria porque la Sociedad iraní no había obtenido la autorización necesaria para contratar ni para comprometerse requerida por su propio Derecho interno. En concreto, de conformidad con el art. 139 de la Constitución iraní de 1979 para que una empresa pública contratase *iuri gestionis* necesitaba la aprobación del Consejo de Ministros. No obstante, la Corte de apelación de París apuntó que el orden público internacional prohibía a NIOC prevalecerse de las disposiciones

⁴¹⁸ J.F. Merino Merchán, “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje*, vol. I, nº 3, 2008, pp. 731 ss.

⁴¹⁹ B. Hanotiau, “The Law Applicable to the Issue of Arbitrability”, *Revue du Droit des Affaires Internationales*, 1998, núm. 7, p. 758.

⁴²⁰ Sentencia de la Cour de cassation (1º Ch. Civ.) de 2 de mayo de 1966, asunto *Galakis*, *Journ. dr. int.*, 1966, p. 648, con nota de P. Level; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, p. 553, con nota de B. Goldman.

⁴²¹ Sent. de la Cour d’appel de París (1ª Ch., sect. C.) de 17 de diciembre de 1991, asunto *Gatoil*, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, p. 281, con nota de H. Synvet

restrictivas de su Derecho interno para sustraerse del acuerdo de arbitraje previamente pactado. Esta doctrina sería ratificada por la jurisprudencia francesa en el caso *Bec Frères* de 24 de enero de 1994⁴²². La práctica arbitral mayoritaria avala esta posición, manifestando, que tiene totalmente asumida la capacidad de un Estado u organización estatal como parte de un arbitraje privado internacional⁴²³.

Tras un largo periodo de desencuentro⁴²⁴, hoy está totalmente extendida la admisión de que el Estado pueda con respaldo constitucional y legal, solventar sus disputas relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros. De esta suerte, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta de jurisdicción (Doctrina Calvo absoluta) o afirmar, en términos generales, la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general⁴²⁵. La jurisprudencia constitucional de América latina avala mayoritariamente esta tendencia⁴²⁶ pero acaso el precedente más significativo se produjo en Colombia con el del Decreto Ley 222 de 2 de febrero de 1983 (posteriormente derogado por el art. 81 de la Ley 80 de 1993) respecto de los contratos de

⁴²² Sent. de la Cour d'appel de Paris (1^{ère} Ch Civ) de 24 de enero de 1994, asunto *Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, núm. 2, p. 275, con nota de Y. Gaudemet.

⁴²³ J.M. Dupuy, "Arbitraje *ad hoc*, *Texaco-Calasiatic c. Libia*", *Yearb.Comm. Arb.*, vol. IV, p. 177; *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 350 ss, con el comentario de P. Lalive, el laudo de 12 de abril de 1977, arbitraje *ad hoc* *Liamco c. Gobierno de Libia*, *Rev. arb.*, 1980, pp. 132–191; comentado por B. Stern, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", *ibid.*, p. 3.

⁴²⁴ A. Bullard González, "Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos", *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n° 2.

⁴²⁵ *Vid.*, v.gr., Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 17 de octubre de 2008 (Expediente No. 08–0763).

⁴²⁶ En Bolivia el Auto Constitucional de 8 de abril de 2005 (*Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. / Administración de Servicios Portuarios de Bolivia*) rechazó un recurso indirecto o incidental de constitucionalidad contra el art. 4 de la Ley de arbitraje boliviana en cuyo ap. 1° se establece que "Podrán someterse a arbitraje, las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de Derecho privado o de naturaleza contractual". *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, n° 211.

empréstitos⁴²⁷, que reconoció la posibilidad de estipular una cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las controversias que se susciten durante la ejecución del contrato o en relación con la misma. Tal posibilidad pronto fue acusada de inconstitucionalidad si bien el argumento fue rechazado declarando la Corte Suprema de Justicia exequible el referido precepto por Sentencia n° 098, de 30 de octubre de 1986, que declaró que los contratos que producen efectos en el exterior pueden someterse a arbitraje.

También en la actualidad es perfectamente posible someter a arbitraje las controversias derivadas de situaciones donde el Estado actúe a través de empresas estatales para desarrollar actividades comerciales. Sin embargo, establece igualmente que ello es posible únicamente en la medida en que tales actividades comerciales puedan subsumirse bajo la excepción de soberanía.

B) Inconstitucionalidad del acuerdo arbitral previo en los contratos suscritos por el Estado, por las entidades autónomas y semiautónomas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá

El planteamiento general de la cuestión se ha solido resolver en un sentido claramente negativo en el sentido de que, como regla de general, en el ámbito del Derecho público, no son transigibles las potestades que el orden jurídico reconoce a la Administración pública y a las demás funciones del Estado para el cumplimiento de sus fines. Como consecuencia de ello, no podrán ser objeto de transacción ni de litigio en un proceso arbitral el ejercicio de las potestades normativa, resolutive, determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del Estado, o de precautelar su seguridad interna y externa.

⁴²⁷ Vid. J. Dussán Hitscherich, *Elementos del contrato estatal*, Bogotá, 2000, pp. 205–218.

Pese a lo anterior, el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto, este se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, por eso, la presencia de una cláusula de arbitraje, frente a las controversias que surjan en la ejecución o interpretación de los contratos de adquisiciones y contrataciones del Estado, ha significado un cambio trascendental para la Administración pública, no solo panameña, sino de toda América Latina. Esto evidencia la eficacia de la vía arbitral como medio alternativo de solución de conflictos, disminuyendo tiempo, costos y riesgos en las relaciones contractuales entre Estado y los particulares, asegurando de este modo la inversión nacional y extranjera. A través de esta vía se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades. No en vano, los montos en controversia son bastante altos⁴²⁸.

Puede entenderse con carácter provisional por contratación pública aquella en la que participa una entidad pública o una entidad regida por el derecho privado en la que el Estado tiene participación, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Cuando el Estado actúa a través de cualquiera de sus entidades autónomas descentralizadas, que han sido creadas precisamente para el cumplimiento de los fines públicos, dichas entidades deben operar a través de entes autorizados para ello. La calidad de ente del Estado que ostenta una Entidad Autónoma se sustenta en la Constitución Nacional. De esta suerte, la Constitución Política y la Ley facultan a las entidades autónomas a tomar decisiones y a representar al Estado, dentro de la esfera de sus competencia legal y funcional.

⁴²⁸ De conformidad con el art. 219 de la Constitución el Ministerio Público, representado por los Procuradores y Agentes de Instrucción tienen el deber de defender los intereses del Estado. En materia arbitral el Presidente de la República instruye, de acuerdo a lo establecido en el art. 377 del Código Judicial, al Procurador de la Administración para que interponga ante la CSJ recurso de anulación contra un laudo arbitral en el que esté involucrado un organismo del Estado.

En consecuencia, es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, por las entidades autónomas y semiautónomas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo. Dicho precepto continuaba estableciendo una distinción entre compromiso arbitral y cláusula arbitral indicando que, en los casos en que no existiese un acuerdo arbitral previo en los contratos suscritos por el Estado, “se requeriría la aprobación del Consejo de Gabinete y del Procurador General de la Nación. No obstante, si se tratara de una cláusula arbitral, la misma tendría eficacia por sí misma y, en consecuencia, no requería la aprobación del Consejo de Gabinete y del Procurador de la Nación”. Esta última parte del artículo fue declarada inconstitucional por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de junio de 2003⁴²⁹.

La demanda de inconstitucionalidad se basaba en la alegada violación del art. 195 de la Constitución de la República⁴³⁰. Este artículo del texto constitucional disponía: “Son funciones del Consejo de Gabinete acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador de la Nación”.

En su decisión mayoritaria, la Corte Suprema de Justicia distinguió entre “validez” y “eficacia” considerando que debía apreciarse “válida”

⁴²⁹ Acción de Inconstitucionalidad. Sala en Pleno, Ponente: Arturo Hoyos. Decisión por mayoría con salvamento de voto de los Magistrados José A. Troyano y Adán Arnulfo Arjona. Exp. núm. 579–1999. *Registro Judicial*, junio 2003, pp. 195 ss.

⁴³⁰ El Licenciado Carlos Vásquez Arrocha fue quien interpuso la acción de inconstitucionalidad en su propio nombre y representación, aduciendo que este artículo infringía el sentido del numeral 4 del art. 195 y el numeral 16 del art. 153 de la Constitución Política de Panamá. De conformidad con el recurrente la parte final del párrafo segundo del artículo 7 del Decreto–Ley 5 de 1999 infringía el numeral 16 del art. 153 de la Constitución Política de forma directa por “omisión” por cuanto el Decreto–Ley 5 de 1999 fue expedido en incumplimiento de lo que contiene dicha norma constitucional, ya que no fue sometido a la legislatura ordinaria subsiguiente que se inició el primero de septiembre de 1999, a fin de que el Órgano Legislativo legislara sobre esa materia, además de que dicho decreto estaba siendo aplicado como si fuera una ley.

la cláusula arbitral pactada por el Estado, pero que ésta sería “eficaz” únicamente si se cumplía la condición prevista en el art. 195 de la Constitución de la República⁴³¹. El criterio de la Corte al respecto fue considerar que lo que establece la parte formal del segundo párrafo del art. 7 del Decreto–Ley 5 de 1999 “es una exclusión o excepción legal, que pretende desconocer los requerimientos establecidos en la Constitución, en cuanto a la posibilidad de que el Estado someta sus conflictos a arbitraje.”. La cláusula compromisoria pactada por el Estado o cualquiera de las instituciones mencionadas en el referido precepto es válida pero tiene eficacia diferida; sólo puede surtir efectos si se cumple la condición prevista en el art. 195.4° de la Constitución. Sólo así puede surtir su efecto principal: el sometimiento de la controversia a arbitraje⁴³².

El Magistrado Adán Arnulfo Arjona indicó en su salvamento de voto, que resultaba difícil sustentar esta posición en la medida en que carece de sentido aceptar que el Estado tenga capacidad para suscribir un convenio arbitral, pero que para hacerlo eficaz se requiera una autorización. Un año después de esta decisión de la Corte Suprema De Justicia, el Poder Legislativo decidió modificar la Constitución Nacional⁴³³. Entre las distintas reformas realizadas a la Constitución, se adiciona un párrafo al numeral 4 del art. 200, el cual indica: “Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente, los cuales tendrán eficacia por sí mismos”. De esta forma se superó el problema dejando plasmada en la Constitución no sólo la facultad del Estado de someterse a arbitraje (validez), sino también la eficacia de tal acuerdo

⁴³¹ La existencia de acciones populares en el plano constitucional (recurso de inconstitucionalidad) y en el plano legal (acción contencioso–administrativa de nulidad) previstas en nuestro ordenamiento constitucional (art. 203) revelan que el Estado pueda autolimitarse para recurrir a la jurisdicción constitucional o a la Contencioso Administrativa, sólo si se cumple con la condición prevista en el art.195.4° de la Constitución.

⁴³² Este razonamiento sería reiterado en la Sentencia CSJ, Sala cuarta de negocios generales, de 1 de febrero de 2012 (*Autoridad del Canal de Panama contra Aon Limited*).

⁴³³ Acto Legislativo No.1 del 27 de julio de 2004, *Gaceta Oficial* núm. 25,176 del 15 de noviembre de 2004.

arbitral. Puede apreciarse aquí otro claro ejemplo de la “constitucionalización del arbitraje en Panamá. Lo que establecía la parte final del segundo párrafo del art. 7 del Decreto–Ley 5 de 1999 no era otra cosa que una exclusión o excepción legal, que pretende desconocer los requerimientos establecidos en la Constitución, en cuanto a la posibilidad de que el Estado someta sus conflictos a arbitraje. “La cláusula compromisoria pactada por el Estado o cualquiera de las instituciones mencionadas en el artículo 7 del Decreto–Ley 5 de 1999, es válida pero tiene eficacia diferida; sólo puede surtir efectos si se cumple la condición prevista en el art. 195 numeral 4 de la Constitución. Sólo sí puede surtir su efecto principal: el sometimiento de la controversia a arbitraje”.

En cuanto a lo que la Corte aduce que el convenio así pactado para someter a arbitraje a un conflicto futuro es válido pero no eficaz, ya que requiere de los requisitos establecidos en el numeral 4 del art. 195 para obtener su eficacia, es decir, para obtener la capacidad para surtir efectos jurídicos, no puede compartir el criterio de la Corte al imponer la intervención jurisdiccional estatal en los procesos arbitrales.

Frente a este planteamiento interesa destacar el salvamento de voto del magistrado J.A. Troyano:

“Luego de haber visto someramente lo que es la figura del arbitraje, delinear sus ventajas y su importancia como alternativa moderna en la solución de conflictos, es imperativo, hoy día, en que el Estado se encuentra cada vez más inmerso en labores de diversas naturalezas, que de sus ventajas y bondades se haga partícipe a la actividad estatal, razón entre otras por la que nos permitimos disentir de los razonamientos expuestos por la mayoría del Pleno, en cuanto a que el párrafo del art. 7 del Decreto Ley No.5 de 1999, declarado inconstitucional, desconoce el procedimiento a seguir contenido en el numeral 4 del art. 195 de la Constitución Nacional para que se puedan someter a arbitraje las controversias en las que sea parte el Estado, violando también dicho párrafo el art. 203 de la Constitución, interpretación esta que al restarle validez y eficacia al convenio arbitral así celebrado, lo que hace es dilatar el procedimiento, afectar la seguridad jurídica en las contrataciones estatales y disminuir los efectos de la figura del arbitraje como medida alterna de solución de conflictos tendiente a solucionar, en parte, la creciente carga de los asuntos que tienen que ser atendidos por los Tribunales de Justicia, tema este de singular trascendencia para el Órgano Judicial.

En nuestra opinión y sin que sea necesario recurrir a interpretaciones, pues el tenor literal de la norma constitucional es clara en su redacción, el mandato contenido en el numeral 4 del art. 195 de la Carta Magna es aplicable en aquellos casos en que el Estado sea parte de un litigio o proceso actual y que se pretenda someterlo a arbitraje o terminarlo por transacción, pero sin que se haya pactado previamente o suscrito un convenio o contrato por escrito, que contenga o incluya una cláusula compromisoria en tal sentido. Lo anterior quiere decir, sin lugar a dudas, que la facultad que en dicha norma Constitucional se le concede al Consejo de Gabinete, opera exclusivamente en aquellos juicios ya iniciados en los Tribunales, en los que el Estado es una de las partes del proceso. Por tanto, en los litigios o procesos a que hace referencia el art. 195, numeral 4 de la Constitución Política, resulta evidente que para que puedan ser sometidos a arbitraje, requieren del cumplimiento de la condición consistente en la aprobación del Consejo de Gabinete en acuerdo con el Presidente de la República, previo el concepto favorable del Procurador General de la Nación [.]”.

A no dudarlo, someter una contratación administrativa en la que se pactó previamente el sometimiento a arbitraje, al cumplimiento de la condición o procedimiento establecido en el numeral 4 del art. 195 de la Constitución, sin que exista un proceso en los tribunales de justicia, como lo señala la sentencia dictada por el Pleno, resulta además, contrario a la seguridad jurídica por cuanto podría ocurrir, no obstante haber el Estado aceptado mediante convenio que es Ley entre las partes, someterse a un arbitraje, que éste no reciba la aprobación del Consejo de Gabinete ni el concepto favorable del Procurador General de la Nación, teniendo el particular que contrató que quedar sometido a los rigores de una jurisdicción o proceso distinto al procedimiento arbitral, por haber sido desconocido el convenio celebrado con el Estado, resultando ineficaces los esfuerzos realizados para obtener las ventajas y beneficios que brinda un proceso arbitral.

Es importante aclarar entonces, que en nuestra opinión, en los casos en que no se ha pactado el convenio arbitral en los contratos suscritos por el Estado y surja un litigio respecto a ellos, sí se requerirá, para someterlo a arbitraje, la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, pero en cambio, sólo en aquellos casos en que exista una cláusula o pacto de arbitraje legalmente inserta en los contratos suscritos por el Estado, puede operar la excepción a que hace alusión el párrafo contenido en el art. 7 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 199, que dice “El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación”,⁴³⁴.

Desde otro punto de vista debe advertirse que en Panamá el control constitucional sólo se puede dar contra una norma en proyecto o ya vi-

⁴³⁴ *Registro Judicial*, junio 2003, pp. 199 ss.

gente, pero no por omisión de la función legislativa, porque es requisito que la norma exista o éste en procedimiento de convertirse en ley o en una reforma constitucional⁴³⁵. El hecho que el Órgano Legislativo no revise inmediatamente los Decretos–Leyes dictadas por el Órgano Ejecutivo no quiere decir que estos Decretos–Leyes sean nulos o sea cuestionable su vigencia y esto es debido a que esta misma norma faculta al Órgano Legislativo para que en cualquier tiempo y a iniciativa propia, derogue, modifique o adicione sin limitaciones de materias los Decretos–Leyes así dictados.

3. Inconstitucionalidad de un convenio de arbitraje inserto en un contrato de adhesión

A) Planteamiento de la cuestión

Es cierto que formal y materialmente el convenio arbitral es un mero contrato entre las partes; pero quedarse con este planteamiento tan genérico ocultaría piezas esenciales cuyo conocimiento es imprescindible para conocer el mecanismo mismo del arbitraje. Mas correcto es considerar que es un negocio jurídico complejo cuyos efectos implican la puesta en marcha de un proceso, a pesar de la eventual oposición de una de las partes. Pues bien, en toda relación contractual se estima indispensable que las partes han de estar en posición de igualdad, de modo que las cláusulas han de negociarse, no admitiéndose que sean impuestas por una de ellas. Un convenio arbitral no es nulo por el mero hecho de estar contenido en un contrato de adhesión, ahora bien, no puede ofrecer duda alguna la consideración de contrato de adhesión en cuanto el mismo contiene cláusulas predispuestas por una sola de las partes y por eso impuestas a la contraria, y por ser redactadas para ser incorporadas a todos los contratos con el mismo objeto. No existe inconveniente alguno en la incorporación de un convenio arbitral a unas condiciones generales de la contratación, pero sí puede denunciarse interponiéndose el correspon-

⁴³⁵ E. Molino Mola, *Jurisdicción Constitucional de Panamá*, Panamá, Imprenta Universal Books de Libros en Inglés, 2001, p. 362.

diente recurso de anulación o como cláusula abusiva, protegiéndose, el abuso o posición dominante del predisponente frente al adherente.

Junto a lo anterior la prohibición del arbitraje interno en los contratos de adhesión ha sido una constante en países de nuestro entorno justificada por la protección de los intereses del adherente que podría verse compelido a acudir al arbitraje si existía una cláusula compromisoria impuesta en las condiciones generales de la contratación (CGC), que pudiera ser considerada abusiva⁴³⁶. En términos generales, no existe ningún problema con la inclusión de un convenio arbitral en las condiciones generales del contrato siempre y cuando con ello no se pretenda imponer el arbitraje a la parte económica y contractualmente más débil. En todo caso, se podrá sancionar con la nulidad al convenio arbitral que posicione privilegiadamente a una de las partes en detrimento de la otra, interponiendo el correspondiente recurso de anulación, o denunciando la cláusula abusiva⁴³⁷. Por ejemplo, en el caso de contratación entre empresarios o profesionales lo relevante es que, no ya que la cláusula haya sido redactada unilateralmente por una de las partes, sino que la cláusula o cláusulas en cuestión atenten contra los principios rectores de la contratación, teniendo en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas. La cláusula o condición general será abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante

⁴³⁶ Vid. A. Serra Rodríguez, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 1996. En particular, sobre las cláusulas abusivas en materia de arbitraje y, por tanto, cláusulas prohibidas, vid. Ph. Fouchard, "Clauses abusives en matière d'arbitrage", *Rev. arb.*, 1995, n° 1, p. 147. "Para que una cláusula predispuesta merezca la consideración de condición general de la contratación es preciso que su incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de la misma, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, siempre que éste se haya celebrado entre un profesional –proponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–" (SAP Madrid 13ª 18 noviembre 2008, JUR 2009, 90952).66.

⁴³⁷ E. Artuch Iriberry, "La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de contratación", *Derecho de los Negocios*, n° 89, febrero 1998, pp. 13–20.

entre los derechos y obligaciones de las partes, pero en el marco del régimen general de obligaciones y contratos.

Tanto desde la teoría como desde la práctica arbitral internacional se exige que la cláusula compromisoria en CGC debe aceptarse por el adherente de forma expresa y de modo independiente al resto de las condiciones que figuran en el contrato⁴³⁸. Cuando una cláusula abusiva aparece inserta en las CGC, su función, puede ser interpretada como la de un mero recordatorio de que se puede acudir al arbitraje, y solamente en el momento de producirse la controversia ésta se hará efectiva, siendo únicamente la parte débil la que tendrá la posibilidad de volver a mostrar su conformidad con la cláusula arbitral, en el momento de la reclamación arbitral o judicial. De no ser así, el arbitraje no tendrá lugar. De esta suerte, si la parte débil alega que desconoce la cláusula compromisoria, no sólo tiene la posibilidad de solicitar judicialmente su declaración de cláusula abusiva, sino también puede consensuarla en el momento de plantearse la controversia si así lo considera conveniente para sus intereses y se dan las condiciones de disponibilidad del objeto material. Sólo entonces, si cumple todos los requisitos de validez, la cláusula devendrá voluntariamente vinculante.

Debe quedar bien sentado que un convenio arbitral no es nulo por estar incorporado a un contrato de adhesión. En este tipo de contrato se mantiene la libertad de contratar, es decir, de celebrarlo o no, pero no la libertad contractual, en el sentido que ambas partes han negociado y han tenido la libertad de establecer las cláusulas. Esa posición de debilidad y de ruptura de la posición de igualdad, no impide que se admita su validez en el Derecho panameño, teniendo en cuenta la realidad actual, principalmente debido a que en determinados sectores la formalización de contratos es tan masiva y continua que impide negociaciones concretas e individualizadas. Tan sólo será necesario un mayor control legal de los mismos, evitando toda situación que implique abuso. Consecuentemente no existe inconveniente alguno en la incorporación de un conve-

⁴³⁸ F.L. Reglero Campos, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 203.

nio arbitral a unas condiciones generales de la contratación, pero sí puede denunciarse interponiéndose el correspondiente recurso de anulación o como cláusula abusiva, protegiéndose, el abuso o posición dominante del predisponente frente al adherente en los arbitrajes.

Para apreciar la validez e interpretación del convenio arbitral incluido en un contrato abusivo o injusto debe estarse a lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato. Nos hallamos claramente ante un contrato que podemos denominar de adhesión, o bien un contrato en base a condiciones generales, que puede definirse como aquél en que su contenido, esto es, las condiciones de su reglamentación, son obra de una sola de las partes, de tal modo que el otro contratante no presta colaboración alguna en la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato⁴³⁹. La cláusula o CGC será abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, pero en el marco del régimen general de obligaciones y contratos. La cláusula de sumisión a arbitraje será, por su propia naturaleza, abusiva, si impide el derecho de acudir a los tribunales y porque limita sus medios de prueba y defensa⁴⁴⁰.

En el contexto descrito son varias las precisiones que se han de hacer en relación con el sector asegurador. Cabe adelantar con carácter general que la parte débil en los contratos de seguros tiene todas las característi-

⁴³⁹ F. De Castro y Bravo, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295–341.

⁴⁴⁰ S. Álvarez González, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992.

cas para que sea considerada como un consumidor, por lo que las apreciaciones realizadas anteriormente serán aquí también válidas⁴⁴¹.

Nada impide que los conflictos provocados por los contratos de seguros se puedan resolver por vía de arbitraje, siempre y cuando existan ciertas garantías en torno al mismo. En primer lugar, existe una multiplicidad de cláusulas compromisorias insertas en contratos de seguros que cubren a su vez riesgos relativos a distintos ámbitos, seguros de mercancías, seguros de transporte, seguro marítimo, seguros de vida, etc. Catalogados, en líneas generales, en dos bloques formados por los seguros de daños, uno, y los contratos de seguros de personas, el otro. En los supuestos enunciados, consideramos que la relación contractual es entre profesionales o empresarios, de igual a igual, por lo que la protección de la parte débil no tiene razón de ser y no ofrece ninguna duda en cuanto a la arbitrabilidad, ni tampoco en relación con la disponibilidad. El arbitraje privado sigue aquí sus derroteros tradicionales y se encuentra ampliamente admitido sin entrar en consideraciones específicas relativas al orden público de protección. La parte débil, que precisará de nuestra atención, se circunscribe a los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, perjudicados o sus derechohabientes⁴⁴².

⁴⁴¹ H. Briseño Sierra, H.: “El seguro y el arbitraje comercial”, *Libro homenaje a Werner Goldschmidt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 191–255.

⁴⁴² Existe una importante excepción referida a los reaseguros caracterizados por la posición de igualdad existente entre las entidades reaseguradoras y cedentes del riesgo ha sido llevado a cabo por, V. Fuentes Camacho y J.J. Vera Parra, “El Tribunal español de arbitraje de seguros: un considerable avance del mecanismo arbitral en su constante dialéctica con los procedimientos jurisdiccionales”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 9–27, esp. p. 12. Esta perspectiva reaseguradora permite reafirmar que al no existir aquí parte débil, el arbitraje únicamente tiene los problemas procedimentales típicos del arbitraje comercial: nombramiento de árbitros, determinación de la internacionalidad, etc

B) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Pleno) de 29 de octubre de 1992 (*C. Fernie & Co, S.A.*)

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre representación de la empresa C. Fernie & Co., S.A. advirtió la inconstitucionalidad de la Resolución Número CTS. 2-85 de 10 de abril de 1985 dictada por la Superintendencia de Seguros del Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá.

La firma proponente argumentó, esencialmente, que la cláusula catorce de las Condiciones Generales de las pólizas de seguro contra incendio, infringe el texto del art. 198 de la Constitución Política vigente que dispone que la administración de justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida. Se aduce que al existir la cláusula catorce ya mencionada se obliga a todo contratante de un seguro contra incendio a recurrir al arbitraje, y no gratuito que resulta de la disposición avalada y reglamentada por una institución del Estado, ya que todos los contratos de seguro son de adhesión y no admiten negociación entre las partes, lo que conlleva a que el arbitraje no sea fruto de una negociación entre las partes sino resultado de una disposición estatal que coarta el derecho constitucional de todo ciudadano a una justicia gratuita.

Como vemos, el eje de la cuestión planteada lo constituía la imposición del pacto arbitral, por la vía de un acto administrativo reglamentario, en materia de aprobación de los textos de las pólizas de seguros.

Atinadamente la firma forense advirtiente tomó en cuenta dos elementos, en primer lugar, que el arbitraje genera un costo para las partes y en segundo lugar, que la institución sólo puede nacer producto de una negociación entre las partes y no producto de un acto impuesto por una de ellas y avalado por el Estado. Más adelante, en la oportunidad procesal respectiva, la firma forense advirtiente de la inconstitucionalidad, dijo lo siguiente:

“Bien sabido es que el arbitraje es un procedimiento oneroso, en el sentido de que las partes deben sufragar honorarios de los miembros del Tribunal Arbi-

tral, tanto de debemos aclarar que lo que hace que el acto impugnado sea censurable es su sanción por el Estado, que le ha dado connotación de normatividad jurídica. No censuramos la justicia arbitral cuando ella es el producto de la plena libertad de las partes interesadas, que, de común acuerdo y en circunstancias de equilibrio jurídico y económico, convienen en arbitrar sus diferencias en torno a cualquier punto.

A esa institución del arbitraje, concebida en esos términos, cabe brindarle todo el apoyo y respeto que justamente se merece”.

Nuevamente se resaltan los dos elementos que motivaron la advertencia de inconstitucionalidad, el primer lugar, el carácter oneroso de los procedimientos arbitrales; en segundo lugar, se resaltan afirmaciones que categorizan a la institución. A juicio de la firma forense advirtiente, el pacto arbitral debe ser producto de “la plena libertad de las partes interesadas, quede común acuerdo” y en “circunstancias de equilibrio jurídico y económico”.

Es cierto que los contratos de seguro son de los denominados contratos de adhesión, en donde el asegurado acepta las cláusulas establecidas en la póliza que ha sido redactada por la compañía aseguradora. No obstante, no menos cierto es que el asegurado al aceptar las cláusulas existentes en el contrato, incluyendo la compromisoria, está prestando su consentimiento de manera libre y espontánea. Es decir, dicho consentimiento no está viciado, por error, dolo, violencia o intimidación y por tanto es válido.”

Como vemos, quizás imbuido del excesivo pro arbitralismo sobre el cual hacíamos referencia anteriormente, el Jefe del Ministerio Público se decantó por la autonomía de la voluntad en su versión adhesioncita, aunque ausente de equilibrio y oportunidad negociadora, para llegar a la conclusión de que en esta materia no importa si el pacto arbitral es o no impuesto por una de las partes a la otra, con el aval del Estado.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, recalcamos la cronología de los acontecimientos, hace una década, determinó lo siguiente:

“Por lo que respecta al arbitraje, es importante dejar establecido que el mismo, es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre su-

jetos de Derecho, sean entes de Derecho público o personas jurídicas de Derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.

La doctrina privatista entiende que el arbitraje supone la existencia de un problema de Derecho material, mientras que las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos, pues le conceden carácter de auténtico proceso regulado por el Estado.

Aunque árbitros y arbitradores no ostentan la misma facultad jurisdiccional que la Ley otorga a Jueces y Magistrados, sí tienen facultad legal para decidir una cuestión sometida a su consideración y ello implica, en alguna medida, ejercer la jurisdicción que por autorización de la Ley los sujetos que recurren al arbitraje le reconocen a árbitros y arbitradores en el caso particular que los enfrenta como sujetos de derechos.

No en vano el propio Código Judicial regula el proceso arbitral en sus aspectos fundamentales, de modo que el ‘tribunal’ arbitral se constituya y funcione dentro de un esquema general, pues de lo contrario la inexistencia de normas al respecto propiciaría la anarquía o incertidumbre que tal vacío podría producir, con lo que la decisión del tribunal arbitral tendrá pleno valor y validez si se sujeta al esquema general que el Código consagra al respecto”.

La Corte evidentemente consideró necesario, quizás de forma preambular, establecer el incuestionable reconocimiento del arbitraje como sistema privado de solución de conflictos, creado por el ordenamiento jurídico, el cual regula sus procedimientos.

Continúa la Corte explicando así:

“Debe quedar claro que al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas”

La Corte entonces se decanta por establecer una de las afirmaciones categóricas de mayor trascendencia a los fines de conformar los elementos de una nueva doctrina: “el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega tal potestad en los particulares, sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de sus conflictos”.

Tales expresiones parecieran dar cuenta de un distanciamiento entre el ejercicio de la acción, derecho a instar, por una parte, y el contrato en virtud del cual las partes someten su controversia a un tercero. Continúa explicando la Corte su criterio en esta forma:

“En este orden de ideas, por tanto, debe quedar establecido que el arbitraje es un medio privado de ejercer la jurisdicción, pero no la que imparte el Estado por medio de las autoridades legalmente constituidas para tal fin. La norma constitucional que se invoca en la advertencia de inconstitucionalidad alude a la administración de justicia expedita, gratuita e ininterrumpida por parte de las autoridades estatales, pero no debe entenderse que abarca también a los tribunales arbitrales, ya que estos no son constituidos por el Estado y el arbitraje, por su propia naturaleza, es generalmente oneroso, pues las partes deben sufragar los gastos de su árbitro y compartir por igual los del dirimente y aquellos que se ocasionen para el funcionamiento del tribunal arbitral”.

Al efecto, para quienes propugnaban por una concepción simétrica entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción estatal o judicial, los señalamientos externados por la Corte deben resultar, cuando menos, un llamado de atención hacia la consideración de elementos diferenciados.

Definitivamente que aunque la jurisdicción arbitral se parezca a la jurisdicción del Estado y que tradicionalmente se diga que lo único que le hace falta al árbitro es el *imperium* o poder coercitivo del juez, la Corte se ocupa en señalar que la gratuidad de la jurisdicción del Estado así como el origen de la misma no son elementos que se encuentran en la jurisdicción arbitral.

Una razón de muchísimo peso debía llevar a la Corte a formular tales diferencias, razón que vamos encontrando en el desarrollo de la decisión, cuando volviendo al eje de la cuestión planteada se tiene presente que estamos ante contratos de adhesión a los cuales las aseguradoras les han insertado cláusulas arbitrales y luego han sometido los contratos modelos a la aprobación de la Superintendencia de Seguros.

Al efecto el laudo que se comenta continúa señalando que:

“La situación antes planteada pone de manifiesto la existencia de cláusulas de adhesión que no están libremente pactadas por las partes pues la autonomía de la voluntad en este caso quedó reducida por la imposición de la parte económicamente poderosa en detrimento de la otra, que carece del apoyo del Estado. En esta situación incluir el arbitraje en todo contrato de seguro contra incendio, es inaceptable porque se obliga a una parte a renunciar al acceso a la justicia estatal o pública que siempre es expedita, gratuita e ininterrumpida.

Si las partes en el contrato de seguro contra incendio negocian libremente y acuerdan prescindir de la justicia estatal o pública, para recurrir al arbitraje el Estado tiene que aceptar tal decisión, pues el sujeto llegó a ella en ejercicio de su voluntad libre y soberana y no a través de una imposición legal.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, el sujeto que contrata el seguro no acuerda prescindir de la justicia estatal o pública, ya que no tiene capacidad alguna de negociar este aspecto, que viene impuesto por la compañía de seguros con el aval de la Superintendencia de Seguros del Ministerio de Comercio e industrias. Si el sujeto no puede recurrir a los tribunales de justicia establecidos por el Estado para administrar justicia y en su lugar se le impone en todos los casos recurrir a un arbitraje, se está desconociendo el derecho a una justicia gratuita, ya que el arbitraje es siempre oneroso para las partes que recurren a él”.

La Corte ahora introduce varios elementos en el análisis: en primer lugar, determina con toda claridad que existen cláusulas de adhesión que no están libremente pactadas por las partes, las que por demás emanan del desequilibrio contractual, el que se evidencia a través del reconocimiento de la existencia de una parte económicamente poderosa. La sentencia dice así:

“... la existencia de cláusulas de adhesión, que no están libremente pactadas por las partes pues la autonomía de la voluntad en este caso quedó reducida por la imposición de la parte económicamente poderosa en detrimento de la otra, con lo cual se separa vigorosamente el pacto arbitral del resto del clausulado del contrato, requiriéndose para el primero un escenario de negociación en situación de equilibrio, en tanto que para el segundo bastaría una oferta aceptada mediante la adhesión expresa o tácita”.

Esta formulación reconoce que en los contratos de adhesión, y en todo contrato diríamos nosotros, hay cláusulas sujetas plenamente a la autonomía de la voluntad, pero también hay otras cláusulas sobre las cuales el ordenamiento jurídico impone una limitación tuteadora.

Este es precisamente el fenómeno que ocurre con la cláusula arbitral y con la cláusula atributiva de jurisdicción en los contratos de adhesión, como veremos.

La Corte señala por otra parte y quizás lo más trascendental de esta decisión, que “se reconoce que se está obligando a la parte débil a renunciar al acceso a la justicia estatal.” y decimos que es para nosotros lo de mayor trascendencia pues con ello se está sentando claramente que el pacto arbitral implica una renuncia a un derecho constitucional caracterizado por el ejercicio de la acción. Resulta por tanto, para la Corte, inaceptable que se obligue a la renuncia de ese derecho por la vía de la inserción de un pacto arbitral como parte del clausulado de un contrato de adhesión.

Por demás concluye la Corte en que tal conducta “es inaceptable porque se obliga a una parte a renunciar al acceso a la justicia estatal o pública que siempre es expedita gratuita e ininterrumpida.” con lo cual se cierra la idea central: no se puede obligar a una parte a que renuncie al ejercicio de la acción porque ella tiene características que le son inherentes y tuteadoras, como lo son la gratuidad, la continuidad y la celeridad.

Finalmente el principio es reiterado por la Corte cuando señala que:

“Sí el sujeto no puede recurrir a los tribunales de justicia establecidos por el Estado para administrar justicia y en su lugar se le impone en todos los casos recurrir a un arbitraje, se está desconociendo el derecho a una justicia gratuita, ya que el arbitraje es siempre oneroso para las partes que recurren a él”.

La Corte no se queda allí y continúa a renglón seguido precisando además que:

Lo antes expuesto pone de manifiesto que el arbitraje no puede ser impuesto por una parte contratante a la otra, pues dado su carácter oneroso, se debe permitir la opción a que la parte acepte libre y voluntariamente asumir los gastos que el funcionamiento del tribunal arbitral le ocasionará y no por razón de una obligación impuesta, como está ocurriendo en los contratos de seguro contra incendio por razón de la aprobación de la cláusula catorce de las Condiciones Ge-

nerales a todo contrato de seguro contra incendio por la Superintendencia de Seguros del Ministerio de Comercio e Industrias.

Cabe añadir, con base a la potestad que le confiere al Tribunal Constitucional el art. 2557 del Código Judicial, que la resolución del Ministerio de Comercio e industrias que ha sido impugnada también infringe el art. 32 de la Constitución Nacional, porque al hacer obligatoria la cláusula compromisoria en contratos de adhesión, impide el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos. El art. 32, que consagra la garantía del debido proceso, también contiene el derecho a la tutela judicial, la cual se cierra a la parte más débil en el contrato de adhesión, como consecuencia de la resolución administrativa cuya inconstitucionalidad se impetra.

Todas las anteriores consideraciones conducen a esta Corporación de Justicia concluir que la cláusula obligatoria del arbitraje en el contrato de seguro contra incendio es inconstitucional, pues obliga a una parte a prescindir de la administración de justicia estatal, que es gratuita, para imponerle un arbitraje oneroso que no siempre estará en condiciones de sufragar. A juicio de la Corte dicha cláusula no debe figurar entre las de carácter general impuestas por las Compañías de seguro con el aval de la Superintendencia de Seguros del Ministerio de Comercio e Industria, esto no significa su erradicación, pues su incorporación debe quedar a la libre negociación de las partes contratantes del seguro, quienes en el momento de decidir sobre este particular tendrán conocimiento de la significación del compromiso y su trascendencia para ambas partes ante un eventual conflicto por razón del contrato suscrito entre ellas.

Finalmente, es necesario señalar que en los contratos de adhesión no se puede obligar a una parte a renunciar tácitamente al derecho a la jurisdicción, como ocurre en este caso que se priva del derecho de recurrir a los tribunales establecidos por el Estado para la administración de justicia; todo ello sin perjuicio que la renuncia sea producto de una negociación libre y en plano de igualdad entre ambas partes, pues de lo contrario tal imposición carece de valor, ya que el orden público debe ser protegido frente a esta clase de imposiciones”.

Medular a los fines de este análisis resultan tres afirmaciones hechas por la Corte en la sentencia antes reseñada. Un principio es el siguiente:

“El arbitraje no puede ser impuesto por una parte contratante a la otra, pues dado su carácter oneroso, se debe permitir la opción a que la parte acepte libre y voluntariamente asumir los gastos que el funcionamiento del tribunal arbitral le ocasionará”.

Tal premisa no resulta en nada extraña a las distintas afirmaciones que hacen todos los autores arbitralistas, pero es que la misma se hace como preámbulo de la siguiente;

“... en los contratos de adhesión no se puede obligar a una parte a renunciar tácitamente al derecho a la jurisdicción”

O sea que en modo alguno le es dable a una de las partes imponer el arbitraje a la otra y en los contratos de adhesión no se puede dar la “renuncia tácita al derecho a la jurisdicción”.

El concepto de “renuncia tácita” es entonces medular a los fines de establecer la conducta prohibida por la Corte en los contratos de adhesión y es entonces cuando el propio fallo termina por aclarar la situación. El arbitraje es una renuncia a la jurisdicción y como tal tiene que ser expresa, porque no puede ser tácita, y la misma, para ser expresa tiene que darse en forma muy especial. Al efecto nos dice la Corte lo siguiente:

“... la renuncia sea (tiene que ser) producto de una negociación libre y en plano de igualdad entre ambas partes, pues de lo contrario tal imposición carece de valor, ya que el orden público debe ser protegido frente a esta clase de imposiciones”

No encontramos forma alguna en la que después de este análisis hecho por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, un contrato de adhesión, pre impreso, elaborado por una empresa proveedora de bienes o servicios, que configure las características de ser una “parte económicamente poderosa” y que contenga un pacto arbitral en su clausulado, pueda resistir la doctrina sentada constitucionalmente, en ausencia de una negociación libre en plano de igualdad y a través de una declaración expresa de voluntad arbitral por parte del adhesionista.

Por si quedara alguna duda sobre el particular resulta conveniente releer a la propia Corte cuando dice:

“... en los contratos de adhesión no se puede obligar a una parte a renunciar tácitamente al derecho a la jurisdicción, como ocurre en este caso que se priva del derecho de recurrir a los tribunales establecidos por el Estado para la administración de justicia; todo ello sin perjuicio que la renuncia sea producto de una negociación libre y en plano de igualdad entre ambas partes, pues de lo contrario tal imposición carece de valor, ya que el orden público debe ser protegido frente a esta clase de imposiciones”

El arbitraje, como “renuncia a la jurisdicción del Estado—, tiene ineludiblemente que ser producto de una “negociación libre y en plano de igualdad entre ambas partes”, la que jamás podrá darse entre dos partes que, en primer lugar, no negocian; y, en segundo lugar, jamás hacen nada en plano de “igualdad”.

Ahora bien, cabe preguntarse entonces qué ocurre cuando se impone el pacto arbitral a la parte débil del contrato, en ausencia de una negociación libre⁴⁴³. Para la Corte “tal imposición carece de valor, ya que el orden público debe ser protegido frente a esta clase de imposiciones”. Entonces, estamos ante un tema de “orden público” que limita el libre y absoluto ejercicio de la autonomía de la voluntad, aquella que tan vehementemente defendía el entonces Procurador General de la Nación en la forma antes reseñada.

Ciertamente el arbitraje ha sido terreno fértil para el desarrollo y refinamiento reciente de la compleja noción del orden público. Dicho medio de resolución de conflictos seduce a teóricos y prácticos por la cantidad de disciplinas que en él se entrecruzan, pues envuelve cuestiones de orden procesal, contractual, internacional —privado y público— y de Derecho comparado⁴⁴⁴, entre otras, amén de encontrarse en el centro de las controversias y debates filosóficos. Ese tema del orden público y la autonomía de la voluntad, resultan esenciales por las razones que pasamos a detallar. Cuando nos encontramos ante un contrato de adhesión que contiene una cláusula arbitral o un pacto jurisdiccional, un condicionamiento nos lleva de la mano hacia la autonomía de la voluntad co-

⁴⁴³ F. Valencia, “Parties faibles et accès à la justice en matière d’arbitrage”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 45–70.

⁴⁴⁴ R. David, “Arbitrage et droit comparé”, *Rev. int. dr. comp.*, 1959, pp. 5 ss.

mo criterio que valida el clausulado y ese condicionamiento no es producto de ningún capricho, sino de años de tradición jurídica fundada en normas legales o en principios de derecho cuyos orígenes se remontan a siglos⁴⁴⁵.

Las partes del contrato, supuestamente, conocieron oportunamente y por tanto negociaron el clausulado, consecuentemente acordaron la aceptación del mismo. Ello debido a que las partes son libres de pactar lo que a bien tengan, también, supuestamente. La libertad deriva directamente de lo dispuesto por el art. 1106 del Código Civil, según la cual:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público.”

La autonomía de la voluntad constituye la pieza maestra del sistema arbitral y las decisiones de los tribunales judiciales, reconociendo la validez de la institución arbitral, sobre la base de la autonomía de la voluntad, han sido constantes como ya hemos visto, no obstante, la sentencia constitucional reseñada sienta un criterio muy diferente. Con anterioridad nos hemos ocupado de esta cuestión al estudiar el reconocimiento judicial de la institución arbitral. Ofrece, sin embargo, un gran interés insistir en las técnicas de construcción utilizadas por los tribunales cuando se enfrentan a una petición de declinación de competencia fundada en un supuesto pacto arbitral, metodología que como veremos atiende sólo a una realidad aparente. Aparentemente, para los tribunales de la justicia ordinaria la sola presencia de una cláusula arbitral establecida en un contrato de adhesión, como por ejemplo, un conocimiento de embarque, basta para que se ordene la exclusión de la jurisdicción ordinaria y consecuentemente se decline la misma hacia la jurisdicción arbitral o hacia la jurisdicción estatal aparentemente pactada, sin analizar otros elementos, que como veremos a continuación, deben ser tomados en

⁴⁴⁵ G.E. Carreira Pitti, *El arbitraje internacional y la jurisdicción marítima panameña ante una nueva doctrina arbitral*, Panamá, 2003.

cuenta⁴⁴⁶. La simple lectura del art. 1106 del Código civil debería llevarnos de la mano hacia la confrontación de la cláusula arbitral o de la cláusula jurisdiccional con “la ley, la moral y el orden público”; como paso previo a su reconocimiento. No hacerlo de esa manera sería contrariar el tenor literal de la propia norma rectora de la autonomía de la voluntad.

A partir de aquí debería formularse una cuestión previa al juez ante el que se solicita la correspondiente declinatoria en función de la existencia de una cláusula de arbitraje en el sentido de si dicha cláusula contraría “la ley, la moral o el orden público”. Y el único procedimiento de solucionar este interrogante es delimitando con toda precisión el contenido de los conceptos ley, moral y orden público, ejercicio éste que lamentablemente no hemos podido encontrar en el análisis jurisprudencial que hemos efectuado.

Hemos asistido por tanto al reconocimiento inmediato de cláusulas arbitrales plasmadas en contratos marítimos de adhesión, los cuales algunas veces sólo son conocidas por el oferente hasta el momento que éste a bien lo tenga, generalmente después del inicio de la ejecución material del contrato, con lo cual a la contraparte le resulta materialmente imposible desandar lo andado, sin embargo y pese a todo ello, la realidad formal se impone y con ella el reconocimiento del pacto arbitral y la declinación hacia foros arbitrales, la mayoría de las veces hacia Londres o Nueva York, plazas que por demás tampoco tienen en la mayoría de los casos, ningún contacto con la causa.

Si se examina la jurisprudencia, tanto panameña como comparada, se obtiene una respuesta comunmente aceptada en el sentido de que se da por supuesto que las partes del contrato son iguales y eso es un error. Desconocer que no son iguales el embarcador de productos agrícolas y la naviera multinacional es tanto como desconocer la existencia de los débiles en materia contractual.

⁴⁴⁶ G.E. Carreira Pitti, *El arbitraje internacional y la jurisdicción marítima panameña...*, *op. cit.*

4. Designación de los árbitros prevista en el convenio arbitral

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Pleno) de Justicia de 6 de julio de 2009⁴⁴⁷ entendió de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Banco Nacional de Panamá, dentro del proceso penal que se le siguió a José Garzón y otros por la comisión de delitos contra la administración pública y otros, contra en numeral 4 del art 10 del Decreto Ley n° 5 (“Para el caso de que sean varias las autoridades de designación existentes en un momento dado, y si las partes nada han convenido acerca de cuál haya de ser la competente a estos efectos, será aquella en la que se haga la petición primero, por cualquiera de las partes”) y el art. 18 (“El procedimiento se ajustará a lo determinado por las partes o de conformidad al reglamento aplicable. En su defecto, el procedimiento será establecido y desarrollado según lo determine el tribunal arbitral. / El tribunal arbitral tendrá facultades para interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento aplicable o establecidas según la voluntad de las partes de forma expresa. En caso de discordia, se acatará a lo que determine el presidente del tribunal arbitral”) del mismo cuerpo legal. En opinión del impugnante dichos preceptos iban en contra del art. 32 de la Constitución por disponer éste que “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policía o disciplinaria”.

En particular la actora manifestaba

i) Que el párrafo resaltado del art. 10 infringía el precepto constitucional (art. 32) de forma directa, por omisión, ya que la disposición legal en cuestión desvirtuaba el contenido de los párrafos iniciales del art. 10, ya que se está facultando a un tercero, como lo es una autoridad de designación, para hacer todo lo que las partes no hicieron u omitieron hacer en el convenio arbitral, lo cual era a todas luces exorbitante pues lo que se está confiriendo a ese tercero, es violatoria del principio del debi-

⁴⁴⁷ Gaceta Oficial Digital, martes 6 de abril de 2010.

do proceso legal, ya que sin haber otorgado su consentimiento, se le impone a una de las partes una autoridad arbitral y un procedimiento, dejándole en total indefensión de sus derechos. Dicho párrafo también contrariaba el art. 49 de la Constitución⁴⁴⁸ de forma directa por omisión, pues eliminaba o desconocía la libertad de elección que debe tener todo usuario o consumidor para escoger a quien le preste un servicio, en condiciones de trato equitativo, digno y justo. En su opinión el párrafo tachado de inconstitucional sometía a una de las partes a un proceso arbitral ante una autoridad que no ha escogido y a cumplir reglas de procedimiento que desconoce.

ii) Que los párrafos acusados del art. 18 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, también infringían el principio del debido proceso, cuando señalan que en defecto de acuerdo entre las partes, el procedimiento será establecido y desarrollado según lo determine el tribunal arbitral. De esta suerte, se dejaba en indefensión a las partes, pues se autoriza la aplicación de reglas de procedimiento inventadas (*sic*) para el caso particular.

iii) Que no se concibe que el art. 10 del Decreto Ley 5 de 1999, por un lado establezca los requisitos de validez y eficacia del convenio arbitral, y de otro lado, el párrafo atacado de inconstitucional, pretenda subsanar requisitos esenciales omitidos por las partes, como es la designación de los árbitros y las reglas de procedimiento. Si el convenio arbitral no contiene un acuerdo sobre éstos puntos, entonces el mismo deviene nulo sin posibilidad de ser subsanado.

⁴⁴⁸ De conformidad con el art. 49 de la Constitución “El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos”

Una vez admitida la acción de inconstitucionalidad, se corrió traslado al Procurador de la Administración, quien a través manifestó su opinión en los siguientes términos:

“Para los fines de este análisis, debe tenerse en cuenta que dentro de los términos del acuerdo arbitral las partes contratantes pueden autorizar de manera directa o indirecta a un tercero, en este caso, una autoridad de designación, para realizar la escogencia del árbitro o de los árbitros, entendiéndose que tal designación, es decir, la hecha por un tercero, es genuina expresión de su voluntad.

Lo anterior evidencia que las instituciones o centros de arbitraje que actúan como autoridades de designación efectúan una labor operativa y de apoyo, tendiente a la realización de actos preparatorios para la instalación del tribunal arbitral, sin que ello signifique, conforme alega el accionante, que dicha institución esté ejerciendo funciones de manera arbitraria, que puedan producir a las partes contratantes una situación de total indefensión de sus derechos.

Adicionalmente, queda claro que el tribunal arbitral debidamente facultado por las partes contratantes podrá interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento contenidas en el reglamento del centro de arbitraje o las establecidas por ellas, sin que ello desnaturalice o menoscabe, según el criterio expuesto por el accionante, el principio de la voluntad de las partes; principio que acoge nuestro derecho positivo, tanto en su ordenamiento sustantivo como procesal.”

Así las cosas, la Corta Suprema de Justicia consideró que los preceptos impugnados no contrariaban la Constitución. Tras considerar que el convenio arbitral era la pieza maestra de la institución arbitral entendió que el art. 10 del Decreto Ley n° 5 pretende, precisamente, potenciar la eficacia del arbitraje ya pactado en el que las partes, pese a haber manifestado su voluntad clara y expresa de resolver su conflicto (presente o futuro) por esta vía, no hayan señalado una autoridad de designación en particular, de varias posibles. El párrafo impugnado es la continuación y desarrollo de la estipulación legal que permite a las partes delegar en un tercero los trámites de designación de los árbitros y el diseño de las reglas del procedimiento arbitral. Además el texto en cuestión no es exclusivo de la legislación panameña pues tanto en el Derecho comparado como en los textos emanados de la Uncitral contemplan soluciones similares. A ello la Corte añadió que al promulgarse el Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, dejaron de tener vigencia las normas que sobre

arbitraje recogía el Código Judicial, de modo que en estos momentos no existe fundamento legal para que los tribunales ordinarios asuman competencia en fase pre-arbitral (salvo en el tema de las medidas cautelares o aseguramiento de pruebas). Frente a la tesis del impugnante la Corte entiende que el art. 10 tantas veces citado

“... desarrolla precisamente el debido proceso, pues señala un procedimiento para que cualquiera de las partes que ha pactado el arbitraje, pueda hacerlo efectivo, sin que tal posibilidad represente una alteración de las condiciones de igualdad e imparcialidad que deben imperar en todo mecanismo de administración de justicia”.

Respecto a la inconstitucionalidad del art. 18 Decreto Ley 5 de 1999, también impugnados de inconstitucionales, en los que se concede al tribunal arbitral facultades para interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento aplicables al proceso arbitral; estima el Pleno que tales estipulaciones tampoco contravienen ninguna de las normas constitucionales invocadas por el accionante,

“... por el contrario, resultan consistentes con la naturaleza del arbitraje, que se caracteriza por su celeridad, economía y antiformalismo, pero teniendo en cuenta principios y reglas básicas de gestión y actuación.

Vale señalar que, salvo el caso de arbitrajes *ad-hoc*, la mayor parte de los arbitrajes operan bajo la administración de un centro de arbitraje, que, además de ofrecer la plataforma administrativa de los mismos, se rigen por los reglamentos de dichos centros especializados, y que las partes, por lo general, conocen de antemano y aceptan someterse al mismo al pactar el convenio arbitral en un contrato principal”.

IV. Cuestiones constitucionales derivadas del recurso de anulación

1. *Inexistencia de segunda instancia*

A) Planteamiento de la cuestión

El sometimiento a arbitraje implica la renuncia por las partes al recurso ante los tribunales nacionales. Dicho en otros términos, se desiste del derecho fundamental de acceso a la justicia estatal, base constitucional e internacional del derecho humano a la defensa y al debido proceso⁴⁴⁹. Pero se elige otra vía para ejercerlo, que no tiene por qué no ser seria y confiable. No debe perderse de vista que el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estatuye que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”⁴⁵⁰.

En el proceso arbitral no existe una “segunda instancia” en el sentido de que un órgano superior jerarquía pueda pronunciar una nueva decisión en la que se altere lo acordado por los árbitros; el recurso de anulación no da lugar a la intervención del Poder Judicial como una segunda instancia por lo que posee un contenido radicalmente diverso del recurso de apelación.

En el de arbitraje no es dable el principio de la doble instancia, aunque está resguardado el medio impugnatorio de la anulación, ni es libre el acceso al órgano jurisdiccional, toda vez que el convenio arbitral supone el denominado efecto negativo del arbitraje que impide a los tribunales actuar; salvo para suplir funciones de control y colaboración, ni el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, pues el arbitraje constituye precisamente una manera de excluirse por razones de

⁴⁴⁹ L.M. De Bernardis, *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1995.

⁴⁵⁰ Vid. J. Haydn-Williams, “Arbitration and the Human Rights Act”, *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 67, 2001, pp. 289 ss.

voluntad y conveniencia para actuar como una alternativa a ella. Debe tenerse en cuenta que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial deba tener la posibilidad de ser apelada. Además, la exclusión de la doble instancia debe ser excepcional y deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia⁴⁵¹.

La revisión a través del recurso no implica una pretensión impugnatoria autónoma en la que se establezca alguna relación procesal, sino que sobre la relación procesal ya entablada se busca verificar la existencia de los errores y corregirlos en la medida que generen agravio o indefensión, precisando que los errores no están orientados al fondo del derecho declarado sino a la validez formal del arbitraje desarrollado, de ahí que resulte incongruente que se pretenda incorporar –en el procedimiento promovido para la anulación– a los árbitros que emitieron el laudo. Ellos no asumen ningún papel de defensa a lo ya desarrollado en el pro-

⁴⁵¹ Sobre esta cuestión se ha pronunciado en Costa Rica la Sentencia de la CSJ n° 2009–12215, de 5 de agosto de 2009 afirmando que “... en materia arbitral, la inexistencia del recurso que permite la revisión de la sentencia por una autoridad superior viola el derecho a una doble instancia y el principio de igualdad. La Sala no comparte los argumentos de los accionantes por las razones que se indicarán a continuación. En cuanto al primer aspecto alegado, violación al derecho a una doble instancia, este Tribunal reiteradamente ha señalado que no existe un derecho fundamental a la doble instancia, salvo en materia penal o sancionatoria. El hecho de que el legislador haya dispuesto en algunos procesos que determinadas resoluciones dictadas tienen la posibilidad de ser revisadas por una instancia superior, no significa que se pueda extender el razonamiento a otros procesos o a otras resoluciones sin más. En relación con el tema de los recursos, este Tribunal ha indicado que la Constitución Política no contempla un derecho a la doble instancia; el derecho de apelación no es irrestricto, y sólo se constituye como tal, en los términos establecidos en el Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) en sus arts. 8 y 25, que lo limitan a la materia penal, contra el fallo condenatorio, o en los demás casos, en cuanto a las resoluciones que ponen fin al proceso, con las salvedades que se indican. Así, la circunstancia de que la resolución final que se dicta en un proceso arbitral no tenga recurso de apelación no es violatorio del debido proceso”.

cedimiento y expresado en el laudo, por tanto, no están legitimados para ser citados, emplazados, ni integrados en la revisión con el fin de defender la validez del laudo emitido.

La misión del tribunal que ha de pronunciarse sobre la anulación es dejar sin efecto lo que constituye extralimitación, pero no corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y de equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto.

B) La variable práctica panameña

Es sumamente expresivo el razonamiento de la CSJ según el cual

“Las garantías que consagra la Constitución relativas a la actividad jurisdiccional arbitral, se refieren a que pueden ser comprobadas por los órganos de la justicia ordinaria que tienen las facultades para verificar si en el proceso de arbitraje se cumplieron las formalidades y requisitos propios de su trámite, es decir, para verificar si se ha vulnerado o no el derecho al debido proceso, o lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva. Por eso, el recurso de nulidad no es una instancia más en la que se deba de examinar el fondo del asunto debatido, sino una vía para comprobar que el laudo no se emitió contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a la decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución. Admitir lo contrario, sería privar al arbitraje de su función como mecanismo heterónomo de solución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos”⁴⁵².

Valorando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de nulidad de laudos arbitrales U. Pitti apuntó en su día algo que los años han corroborado. Que la posición de la CSJ no es otra cosa que “un indicativo de que en Panamá se le ha dado a la Justicia arbitral el lugar que la propia Ley le asigna, pese a que existen sectores que aún se resisten a aceptar que el arbitraje es un medio alternativo efectivo, creado bajo nuevos parámetros de acceso a la justicia, en las que dejamos en

⁴⁵² Sentencia de la CSJ (Pleno), 4ª de negocios generales, 28 de diciembre de 2009 (*Inmobiliaria La Nación, S.A. contra H. A. Engineering, Inc.*).

un pasado las viejas formas de notificaciones personales⁴⁵³, de incidentes dilatorios de los procesos, de las dobles instancias, para dar acceso a una nueva cultura de paz, en donde el diálogo y los consensos transaccionales se conviertan en laudos, como una nueva forma de acceso a la justicia, y por ende de convivencia democrática en la sociedad globalizada en la que vivimos”⁴⁵⁴. No se trata pues, de una instancia más, ni por descontado, una instancia de apelación sobre cuestiones relativas a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo, o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión sometida a arbitraje. Ello iría en contra de la propia esencia del arbitraje, al transferir a los jueces de la justicia estatal facultades no conferidas ni por la Ley de Arbitraje ni por los compromitentes. Más exactamente se puede calificar como un juicio externo, limitado a las meras garantías formales y a resolver y dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de los resuelto.

Como pusiera de relieve la Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 23 de noviembre de 2005 (*Colgate-Palmolive –Central América–, Inc. / Importadora y Distribuidora Nacional, S.A. –Crusal–*) el recurso de anulación “no es una segunda instancia del proceso arbitral, las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles”.

⁴⁵³ Cabe lamentar que nuestras normas de procedimiento civil estén ausentes de las nuevas formas de comunicación, aun cuando son sumamente comunes en nuestros medios y todavía se recurre a la notificación personal como medio de comunicación por excelencia en el proceso. Y en cuanto a esto, bien sabida que no se ha podido erradicar la desleal práctica de no cumplir con el deber procesal de notificarse de las resoluciones judiciales, o lo que es peor, de rehuir de las mismas, al ser requeridos. Esto trae la inevitable consecuencia de la paralización de los procesos, que algunos erradamente califican de mora judicial

⁴⁵⁴ U. Pitti G., “La impugnación del laudo arbitral interno e internacional en la legislación panameña e internacional”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 20, 2002, p. 78–94, esp. p. 93.

En Panamá contra los laudos arbitrales cabe únicamente el recurso extraordinario de anulación. La jurisprudencia se ha manifestado concluyente a la hora de considerar las impugnaciones contra lo decidido por los árbitros siendo expresiva de tal actitud la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de febrero de 2005 (*Greenhow Associates Ltd. / Refinería Panamá, S.A.*), que no tuvo reparo alguno en afirmar que

“... en la jurisdicción arbitral, el procedimiento en principio está sometido a la voluntad de las partes; sin embargo, usualmente las partes al no emitir un reglamento arbitral se acogen al reglamento establecido por el Centro de Arbitraje donde se constituyó el Tribunal Arbitral; lo que ocurre en el caso en examen.

Al llevarse el procedimiento de forma oral, la única forma de ventilar una oposición a la decisión de los árbitros, las cuales son vertidas ipso-facto, sería en el momento y apelando a la buena voluntad de éstos para que escuchen un alegato de reconsideración, de lo contrario su decisión es final y definitiva.

Es importante señalar que los principios generales del derecho procesal resaltados en líneas anteriores deben estar presente en las decisiones de todo juzgador, ya bien sea Magistrado, Juez o Árbitro; y al establecer el legislador patrio la imposibilidad de convertir el proceso judicial en un mar de recursos por la práctica antiética de los malos juristas que con dilatar el proceso obnubilan al cliente so pretexto de estar interponiendo los recursos necesarios para una adecuada defensa, cuando en realidad prolongan un resultado que no va ser beneficioso para nadie; ni para el sistema, ni para las partes, ni para el abogado. Lo que da pie a señalar, como tantas veces se dice, justicia tardía no es justicia”.

De conformidad con el art. 33.5º Decreto Ley nº 5 de 1999 el laudo “produce efecto de cosa juzgada y no cabrá contra él recurso alguno, salvo el de anulación.” que se sustanciará ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. La formulación de dicho recurso queda reducido a las causales que de establecen en el art. 34 que están de acuerdo con las causas de denegación para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras contenidas en la Convención de Nueva York de 1958 en su art. V. De conformidad con el citado precepto:

“1. Cuando la parte que interpone el recurso pruebe:

a) Que el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causales de nulidad consagradas en el Código Civil y las causales contenidas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia.

b) Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo, no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Ley, o no haya sido una de las partes notificadas en debida forma de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento⁴⁵⁵.

c) Que el laudo se refiere a una controversia no contenida en el convenio arbitral, o que contiene decisiones que exceden de su ámbito o alcance.

d) Si el laudo se hubiere obtenido en virtud de violencia, cohecho o prevaricato.

Parágrafo: La anulación afectará únicamente a las cuestiones a que se refiere los párrafos anteriores que se puedan separar de las demás contenidas en el laudo.

2. Que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitral conforme a la ley panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño⁴⁵⁶.

Respecto de las referidas causales la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 7 de octubre de 2005 (*Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. –FFC– / Colon Container Terminal, S.A. –CCT–*), afirmó que : “sería improcedente avocarse al examen del proceso arbitral como si la Sala Cuarta de la Corte fuese un tribunal revisor de segunda instancia, toda vez que su función es el

⁴⁵⁵ Con relación a esta causa de impugnación del laudo, la Sentencia CSJ de nueve de octubre de 2001 señaló: que “Esta Superioridad procedió al examen del proceso arbitral y pudo constatar que dentro del mismo se siguieron las reglas arbitrales por las cuales se sujetaría el proceso arbitral ya que la Sala pudo comprobar que los árbitros que integraron el Tribunal Arbitral fallaron en estricta observancia de las disposiciones establecidas en la Ley 5 de 1999 y en el Reglamento de Arbitraje de marzo de 2000”.

⁴⁵⁶ La jurisprudencia ha sostenido que, lo que se pretende con la causal contenida en el n° 2 del art. 34, es procurar que el laudo sea el resultado o decisión de un proceso arbitral en el que la naturaleza de la materia debatida sea de interés social, protegida especialmente para no lesionar las superiores conveniencias de la sociedad o de legítimos derechos de terceros, de forma tal que sólo quede sujeto a la decisión de los árbitros aquellos asuntos que les permitan fallar con absoluta prescindencia de los mandatos de la ley, como lo son los intereses puramente particulares o privados de los litigantes (Sentencia CSJ de 6 de enero de 2003, Sala Cuarta de Negocios Generales).

examen concreto del laudo arbitral en concordancia con las causales que expresamente establece la Ley”. Con ello desaparece una práctica arbitral anterior, objeto de numerosas críticas, derivada del art. 1.411 del Código judicial de 1987 que consideraba únicamente la anulación “por causa de prevaricación y recurso de casación en la forma”; y, lo que resulta altamente positivo, se eliminan los incidentes dilatorios y los recursos contra los laudos, se uniforma el concepto de fallos o sentencias bajo el apelativo de “laudo arbitral” y se reduce la posibilidad de impugnarlo⁴⁵⁷. En esencia, la Sala Cuarta se limita a examinar lo acontecido en el proceso arbitral para verificar si dentro del mismo se han seguido las reglas arbitrales por las cuales se sujetaría el proceso arbitral y si los árbitros han fallado en estricta observancia de las disposiciones establecidas en la Ley 5 de 1999 y en el reglamento de la institución arbitral (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de octubre de 2001: *Grand Park Hotel, Inc. / Alta Cordillera, S.A.*).

La práctica de la anulación está íntimamente vinculada a las decisiones arbitrales emanadas del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá y en los primeros años de vigencia de la Ley no prosperó ningún recurso suscitado ante la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁸. El primer precedente de recurso de anulación, interpuesto contra un laudo arbitral dictado bajo el amparo del Decreto Ley n° 5 de 1999 se inició en los tribunales ordinarios antes que entrara en vigencia el Decreto Ley n° 5 de 8 de julio de 1999, lo que le permitió a las partes acogerse al mismo para poner en marcha el arbitraje⁴⁵⁹. La nueva legislación arbitral eliminó el recurso de casación en contra del laudo arbitral. A cambio de ello, se permite el recurso de anulación, que conoce la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema, pero sobre causales muy concretas que se establecen, como vimos, en el art. 34. La decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 16 de marzo de 2001 (*Telephone & Technologies, S.A. / Cable & Wireless Panamá, S.A.*), indicó

⁴⁵⁷ U. Pitti, “La anulación del laudo arbitral en la legislación panameña”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, n° 3–4, 2001, p. 263.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 274.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 274–276–

que la “Corte no puede constituirse en un tribunal de segunda instancia, ante la impugnación sistemática de un laudo arbitral, sin el debido sustento” y añadió que: “Todo pronunciamiento o laudo dado por árbitro, legalmente constituido, que le ponga término a un conflicto, lleva aparejada tanto la posibilidad de recurrir por las partes contra la decisión, cuando ésta no se ajuste al procedimiento acordado, como la aceptación del fallo”.

2. Posibilidad de renuncia a la anulación

A) Planteamiento de la cuestión

El dispositivo básico de refutación del laudo arbitral es el recurso de anulación. Dicho recurso, como hemos visto en el Capítulo II, no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas a las que se refiere la institución. En principio todo laudo arbitral (tanto el pronunciado en equidad como el pronunciado en derecho) es irrecurrible, lo que no es óbice para que las partes soliciten su anulación. Dicho recurso es de carácter excepcional y en bien contados casos que tienen que ver con la rigurosidad formal del procedimiento, el orden público y las leyes de policía del Estado implicado. Esto significa que la acción de anulación no puede ser entendida como una segunda instancia en la que se tenga que volver a discutir el fondo del asunto y por lo tanto se admitan nuevas pruebas o se vuelva a valorar las ya existentes.

Pero al mismo tiempo la acción de anulación tampoco debe ser entendida como un verdadero obstáculo al arbitraje. Desempeña, bien entendido, una función importantísima: la garantía de que el proceso arbitral se ha llevado a cabo sin lesionar el derecho a la defensa por igual de las partes intervinientes. Debe entenderse como un mecanismo de control a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley. A partir de aquí se infiere una regla de base según la cual no se puede admitir la re-

nuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo pues un acuerdo en tal sentido supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial.

Dentro de los problemas que suscita la intervención judicial en el arbitraje, y más concretamente, el recurso anulación, es la relativa a la posibilidad de su renuncia. Como ha puesto de relieve D. Jiménez Figueres, cada sistema estatal puede tener razones distintas para permitir la renuncia sobre todo teniendo cuenta que la legislación panameña ni siquiera la restringe a extranjeros, cuando las demás si lo hacen. Ahora bien la eliminación de tal recurso por la voluntad de las partes no cabe duda que es un paso hacia la deslocalización del arbitraje lo que sin duda fortalece el desarrollo de la convención de Nueva York⁴⁶⁰.

Resulta difícil admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo; un acuerdo, en tal sentido, supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial y ello, *prima facie*, no es tolerable jurídicamente. A pesar de que existan cláusulas arbitrales que expresamente contengan la renuncia al recurso de anulación, dichos pactos no generan eficacia jurídica⁴⁶¹. Además, una cosa es dar a las partes la posibilidad

⁴⁶⁰ D. Jiménez Figueres, “Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: alcances y análisis comparativo”, C.A. Soto Coaguila (dir.), *El arbitraje en el Perú el Mundo*, t. 1, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 531–537.

⁴⁶¹ En Argentina la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial admitió un recurso de apelación a un laudo del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires⁷⁸ basándose en una interpretación particular del término “definitivamente” utilizado en la cláusula arbitral y en el reenvío que la misma cláusula efectuaba al Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, el que prevé la posibilidad de interponer recursos contra el laudo, uno de los cuales es precisamente el de apelación ante el mismo Tribunal. Al desestimar la renuncia de las partes a la apelación del laudo se concluyó manifestando que el término “definitivamente” usado en la cláusula arbitral no podía ser entendida como renuncia al recurso de apelación. Pero, como expresa G. Martín Marchesini: “El recurso de apelación es de libre disponibilidad de las partes y su renuncia no debe atenerse a términos o fórmulas sacramentales, basta con la expresa manifestación de las partes de su vocación de desistimiento recursivo”, la que se extrae claramente de la cláusula compromisoria en la que las partes deciden que sus eventuales controversias sean resueltas “definitivamente por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires”. Cf. nota de G. Martín Marchesini, “El re-

de que sean ellas mismas las que deciden si quieren o no renunciar al recurso de anulación y otra muy distinta imponer la renuncia sin necesidad de acuerdo previo de la misma, al igual que acontece con los arbitrajes imperativos o forzosos. Finalmente, se trata de impedir que el juez pueda ratificar los errores de hecho y de derecho perpetrados por el árbitro. Ello constituye un punto de inflexión entre la justicia pública y la privada que evidencia hasta dónde llega la confianza en el arbitraje a través de sus lineamientos que discurren entre el respeto que implica la prohibición de la revisión y el orden público. No puede extrañar que las posiciones en esta materia sean extremadamente cautelosas, en el sentido de que en orden al pacto de renuncia a la acción de anulación en su conjunto o en base a ciertos motivos, o al pacto de exclusión de ciertos motivos de anulación la respuesta debe ser más matizada, en el sentido de que sólo serán posibles en la medida en que no supongan la exclusión de normas imperativas⁴⁶².

En determinados círculos jurídicos como en Francia⁴⁶³, la posibilidad de renuncia se admite bajo ciertas condiciones. La posición más radical de la renuncia al recurso entiende que si en el método de reducción y armonización de los causales de anulación uno de los que van a ser eliminados va ser el causal del orden público, siendo ésta la principal causa de control, mejor es posibilitar las vías concretas para poder renunciar al recurso de anulación por completo y que sean las propias partes las que decidan si quieren o no estar protegidas por el instrumento de control que ofrece la anulación. Aparecen así los supuestos que otorgan la posibilidad de renuncia a los recursos, en nuestro caso, al recurso de anulación del laudo arbitral internacional, con el objetivo de liberar al arbitraje de una parte del control judicial en la fase post-arbitral. El primer or-

curso de apelación contra el laudo arbitral”, *La Ley*, 2 de septiembre de 2008, pp. 4–6.

⁴⁶² B.M. Cremades y A. Martín Blanco, “El pacto de renuncia...”, *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁶³ F.J. Montero y F. Bedoya, “La renuncia a la acción de anulación en la nueva Ley de arbitraje francesa”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 11, 2011, pp. 145–152.

denamiento que reguló la posibilidad de renuncia al recurso de anulación fue la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987, disponiéndose las condiciones para que se dé la renuncia: que el arbitraje sea internacional y que las partes que impugnen el laudo no deben tener ninguna relación con el país sede del arbitraje⁴⁶⁴. La renuncia es válida siempre y cuando no exista conexión territorial de las partes con Suiza en el momento de la renuncia. En todo caso si la cuestión se suscita ante un juez, éste debe admitir de manera restrictiva las renunciaciones y exigir un lenguaje claro que refleje la intención de las partes de excluir cualquier impugnación del laudo. La renuncia no puede ser indirecta ha de figurar en el convenio arbitral mismo o en un acuerdo escrito posterior; no puede hallarse en un documento preexistente al que las partes reenvían. Conste, la simple elección de un reglamento de arbitraje que contenga una renuncia al recurso en anulación no parece que pueda ser considerada suficiente. La mera conformidad en el convenio arbitral de que el laudo será definitivo y no sujeto a apelación no constituye una renuncia al derecho a impugnar el laudo⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ De conformidad con el art. 192(1) LDIP, “Si ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento comercial en Suiza, pueden, mediante una declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo escrito posterior, renunciar plenamente a la acción de nulidad, o pueden limitarla a una o varias de las causales indicadas en el art. 190”. Como ha puesto de relieve A.–C. Cremades, “Esta disposición tenía por objetivo promocionar Suiza como sede de arbitraje internacional, permitiendo a las partes conservar la confidencialidad del arbitraje y ahorrar tiempo y costos al poder excluir todo control del laudo por parte de los tribunales de la sede. En realidad, en la medida en la que el Tribunal Federal suizo ha adoptado desde hace años un enfoque amigable hacia el arbitraje y que los recursos en anulación no ocasionan un retraso significativo por la rapidez y eficiencia con la que el Tribunal Federal los resuelve, Suiza es precisamente un país el que tiene mucho sentido renunciar al derecho a impugnar un laudo” (cf. “Suiza”, *Arbitraje comercial internacional en Europa (Aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, J.L. Collantes González y A.C. Cremades (dirs.), Lima, Palestra editores, 2012, pp. 1161–1200, esp. 1196–1197..

⁴⁶⁵ Vid. D. Baizeau y F. Stirnimann, “Renuncia al derecho de impugnar un laudo. Estudio práctico de la experiencia suiza”, *Lima Arbitration*, n° 4, 2010/2011, pp. 151–168.

También en Perú tratándose de arbitrajes internacionales, la Ley de arbitraje permite la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales⁴⁶⁶. En tal sentido, si las partes han pactado la renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, serán de aplicación las convenciones y tratados internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos.

En este contexto, ciertamente minoritario, el Decreto ley 5/99 introdujo en su art. 36 la posibilidad de que sean las propias partes las que renuncien al recurso de anulación si se dan las condiciones antedichas: que el arbitraje sea internacional y que exista un pacto previo de los compromisarios en el que acuerden la renuncia. De acuerdo con este precepto “Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior”.

Y esta posibilidad fue reconocida por la CSJ en el asunto *Curacao Eximport Enterprises, Co.* donde se rechazó la anulación de un laudo arbitral afirmando que

“... resulta claro que, *ab-initio*, el presente recurso no es viable ya que (.) las partes en conflicto acordaron someter sus diferencias, y en efecto lo hicieron, a un proceso arbitral internacional regido por el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, de marzo de 2000, renunciando legalmente de esta manera a interponer el recurso de anulación que por esta vía pretende el Banco Disa, S.A. La situación planteada, como es obvio, produce el rechazo de la anulación solicitada e impide a la Sala atender y pronunciarse sobre las otras consideraciones alegadas por el proponente del recurso de anulación”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ El art. 63.8° de la Ley de Arbitraje peruana establece que cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en dicho precepto.

⁴⁶⁷ Sentencia CSJ Sala Cuarta de Negocios Generales, de 5 de mayo de 2003 (*Curacao Eximport Enterprises, Co., N.V., contra Banco Disa, S.A.*)

B) Declaratoria de inconstitucionalidad operada por la Sentencia CSJ de 7 de octubre de 2005

Ante todo la anulación del laudo queda circunscrita a los laudos internos, pues si el arbitraje es comercial internacional, de conformidad con el art. 5, “las partes pueden pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia” al referido cauce jurisdiccional (art. 36). Y si bien para los laudos interno e internacionales la Ley de arbitraje les dota de idéntica validez y eficacia que las sentencias pronunciadas por la justicia ordinaria, la ejecución del laudo arbitral interno compete a los jueces o autoridades ordinarias, según la naturaleza del negocio y la cuantía; en cambio, en lo que respecta a los laudos extranjeros, éstos reconocen y ejecutan en Panamá, de conformidad con los Tratados y Convenios ratificados por este país por el procedimiento de ejecución ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia⁴⁶⁸.

Como acaba de exponerse el art. 36 del Decreto Ley, permitía a las partes poder pactar, o en su defecto, el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación dentro de un arbitraje comercial internacional. No obstante, debido a su declaratoria de inconstitucionalidad mediante Sentencia de 7 de octubre de 2005, no es posible su aplicación. Sobre el particular, parece oportuno señalar que el Pleno de la Corte argumentó que la inconstitucionalidad del art. 36, se debió a la violación del art. 32 de nuestra Constitución Política, manifestando que la falta de conformidad de la norma con la normativa constitucional

“... radica en que instituye un mecanismo para hacer irrecurrible y por tanto definitivo, en abstracto, un laudo arbitral aún no pronunciado, haciendo nugatorio el único medio de impugnación que la ley pone al alcance de las partes, con carácter excepcional, para obtener la reparación de agravios en extremo graves, que escapan del marco normal de la decisión de fondo de un tribunal arbitral”.

⁴⁶⁸ O. Vargas Velarde, “Los tratados y la Constitución nacional”, *Anuario de Derecho, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, año XX, 2002, pp. 191 ss.

Si bien el fundamento expuesto en la sentencia permite conceptualizar que es viable la impugnación del laudo arbitral producto de un arbitraje comercial internacional, la connotación de internacional no va intrínsecamente ligada al laudo, cuya nacionalidad puede ser nacional o internacional, la cual determinará si es susceptible del recurso de anulación o de execuátur, para su reconocimiento y ejecución como sentencia extranjera de conformidad con el art. 1.419 del Código Judicial.

Este fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, indicó también lo siguiente:

“El derecho a hacer uso de los recursos instituidos por la Ley para impugnar una decisión judicial o laudo arbitral integra la garantía del debido proceso, y por ende constituye un derecho fundamental que goza de protección constitucional. Como institución fundamental del sistema jurídico panameño, el debido proceso tiene entre sus principales manifestaciones la tutela del derecho de defensa para quienes intervengan como partes en cualquier proceso, ya sea que se ventilen ante tribunales de justicia o ante tribunales arbitrales. A su vez, este derecho de defensa supone que las partes contendientes puedan utilizar todos los recursos que la Ley pone a su alcance para impugnar una decisión que les sea adversa.

El derecho a interponer un recurso que la Ley pone al alcance de las partes en un determinado supuesto es irrenunciable por anticipado. La disposición que consagra el derecho a un recurso para un supuesto dado tiene carácter imperativo y es por tanto una norma *ius cogens*. Por ello, por su propia naturaleza jurídica, el derecho a hacer uso de un recurso que la Ley concede es materia indisponible, que no puede ser objeto de pacto entre las partes. De esto se sigue, como consecuencia necesaria, que una norma con jerarquía legal que permita a las partes renunciar anticipadamente y en abstracto al ejercicio de un medio de impugnación es contraria a la garantía fundamental del debido proceso.

.Cuando en un convenio arbitral que accede a un contrato comercial internacional, las partes pactan expresamente la renuncia al único medio de impugnación que la Ley pone a su alcance, que es el recurso de anulación, no saben en concreto a qué están renunciando, y esto conculca el derecho de defensa y por ende el debido proceso.”.

La SCJ aprovechó para insistir en que el recurso de anulación es el único medio de impugnación que la Ley le concede a las partes contra un laudo arbitral comercial internacional, en caso tal se haya infringido aspectos formales del laudo, como serían los casos de nulidad y anulabi-

lidad del convenio arbitral, sustentándose en los arts. 1.141 y 1.142 de Código Civil, que las partes no hayan sido notificadas del proceso arbitral y demás derechos fundamentales (debido proceso, defensa y otros consagrados en la constitución y la ley), que la decisión arbitral se exceda o no sea conforme a lo acordado por las partes, o que el fallo sea contrario al orden público. Por tanto, la CSJ considero que, pactar con antelación la renuncia del citado recurso, o bien aceptar la aplicación de un reglamento arbitral que establezca tal renuncia, daría como resultado que se conculquen normativas de nuestro orden público panameño, como sería el principio constitucional del debido proceso.

En cualquier caso la exclusión puede resultar peligrosa por: a) reducir el grado de presión sobre los árbitros, que pueden cometer cualquier irregularidad, o deteriorar significativamente la calidad del proceso; b) colocar las partes en una situación desigual: puede dejar sin ninguna respuesta a un demandante cuyas solicitudes han sido rechazadas o si el tribunal arbitral se ha declarado incompetente, mientras que, en la situación inversa, un demandado que ha perdido y sido condenado tiene aún el procedimiento en reconocimiento y ejecución para invocar los defectos del laudo no obstante la renuncia a todo recurso en anulación. Por estos motivos la renuncia al recurso en anulación es poco frecuente en la práctica. Y ello sin desconocer que se está abriendo paso en determinadas plazas de realización frecuente del arbitraje.

2. Limitaciones a la arbitrabilidad

Mientras que la estructura jurisdiccional estatal está facultada para conocer todo tipo de asuntos, cualesquiera que sea su naturaleza, los árbitros están limitados a aquellos que estén sujetos a transacción. Se plantea un importante dilema en torno a la posibilidad de la desjudicialización obligatoria de determinadas materias en materia de arbitraje pues precisamente el éxito de esta institución está en función, entre otras cosas en que las partes arriben a un acuerdo. Para estas últimas, habida cuenta que acudir a un procedimiento de arreglo de controversias no garantiza *per se* la solución al litigio, en garantía de una tutela efectiva

inevitablemente precisa la existencia de algún cauce de respuesta definitiva, ya sea por medio de la justicia ordinaria o de la arbitral,

La cuestión de la arbitrabilidad de los derechos de autor fue esgrimida sin éxito en Panamá en el asunto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Panamá), S.A. / Compu-Total, S.A.* como oposición a la competencia de un tribunal arbitral constituido en el seno del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá para entender de un determinado litigio. Ello nos da idea no sólo de las dificultades de eliminar la presencia de la autoridad administrativa sino de que el camino hacia la extensión de la arbitrabilidad sigue estando erizado de obstáculos. En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 1 de octubre de 2002 denegó en segunda instancia la excepción de falta de competencia del referido tribunal arbitral con el siguiente razonamiento:

“Un punto importante a dilucidar entre los argumentos del recurrente es que sostiene en que se trata de una materia expresamente excluida por la Ley de Arbitraje con énfasis en el art. 2 inciso 1 del Decreto Ley nº 5 de 1999 refiriéndose a que se trata de una materia de orden público por lo cual no es de libre disposición de las partes, criterio que no compartimos en virtud de que el art. 1 de la Ley 15 de 1994 que regula el Derecho de los Autores y el Derecho Conexos, sólo se refiere al interés público y no es dable extender lo normado en la Ley 35 de 1996 (Propiedad Industrial) que toca el tema de los Derechos de Autor, refiriéndose a los delitos contra los derechos ajenos, a las normas de Derecho de Autor donde efectivamente tanto la norma constitucional como la propia ley reconocen el principio de propiedad privada de los autores sobre sus creaciones y obras y la libertad de disponer de ellas.

El hecho que la Ley establezca sanciones de carácter penal para la infracción de los derechos de autor y los derechos ajenos y que se encuentre en curso una investigación penal por tales delitos no le quita el carácter de libre disposición que tienen los sujetos protegidos por la Ley de Derecho de Autor ni convierte a dicho tema en un tema de orden público no transigible por las partes, de otra forma no habría explicación para los distintos contratos y licencias que traducen la explotación económica de los derechos patrimoniales que para los autores derivan por la creación de sus obras (Contrato de Edición, Contrato de Inclusión Fotográfica, Licencias de Usos, etc.), todos contemplados en el articulado de la Ley 15 de 1994.

Incluso en la Ley 15 de 1994 encontramos una disposición, referente a las funciones de la Dirección General de Derecho de Autor, específicamente el art. 110 que se refiere al procedimiento arbitral, contemplado en el Código Judicial, que debe ser aplicado por dicha Dirección en los casos de arbitraje sometidos a

su consideración, que si bien ha sido derogado por el Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999 (en lo referente al procedimiento), nos demuestra que el tema de los derechos de autor, no está excluido de la posibilidad de ser sometido a arbitraje.

La parte recurrente parece confundir el concepto de orden público, con el de interés público, siendo que el art. 2 del Decreto Ley n° 5 de 8 de julio de 1999 se refiere a las controversias como “todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas que están reguladas por normas imperativas de derecho”, lo cual hace referencia a las llamadas normas de orden público, es decir aquellas normas positivas, obligatorias donde no caben las transacciones ni tolerancia por afectar los principios fundamentales de la sociedad, lo cual como se ha analizado, no funciona en materia de transmisión de derechos inter-vivos, en el derecho de autor.

Es por ello, que la materia objeto del arbitraje en este caso, no está incluida dentro de lo normado en el art. 2 del Decreto Ley No. 5 de 1999 e igualmente el arbitraje es posible ya que las partes son capaces, el litigio ha sido incluido en un (*sic*) cláusula compromisoria y por tanto, la competencia no se debe radicar ante el juez ordinario correspondiente, ya que en caso contrario de aprehender, el Juez del conocimiento del proceso estaría desconociendo la cláusula compromisoria, la autonomía de la voluntad de las partes”.

Este mismo argumento fue rechazado categóricamente en el trámite de anulación del laudo a que se llegó en el presente asunto, reproduciendo la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 10 de septiembre de 2004 el fallo que acaba de transcribirse entendiendo que la recurrente no debió insistir en invocar como causal de anulación del laudo arbitral, una materia que ya había sido discutida y decidida como consecuencia de la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral propuesta por la propia sociedad recurrente.

V. Advertencia de inconstitucionalidad en la ordenación del arbitraje

1. Ámbito de la consulta

En el transcurso del procedimiento es factible la puesta en marcha del control de constitucionalidad produciéndose dicho control en algunas ocasiones “cuando en un proceso de funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtieron una de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional”, y en tal caso deberá someter “la cuestión al conocimiento pleno de la Corte” (art. 203 de la Constitución), correspondiendo a este último tribunal resolver de manera exclusiva si la disposición legal o reglamentaria eleva la consulta es o no inconstitucional. Bien entendido, que cuando la consulta es promovida por una de las partes recibe el nombre de “advertencia constitucional”. Esta última institución era estudiada, en relación con el arbitraje, al final del presente capítulo.

Como es frecuente cuando se enfrenta a alguna de estas cuestiones la doctrina se plantea el recurso de constitucionalidad es una excepción o nos hallamos ante un mero incidente. Prescindiendo de esta cuestión es indudable que uno de los cauces para llevar a cabo la vigilancia constitucional de las normas legales es el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Con ello se pretende que la función jurisdiccional sea acorde con el ordenamiento jurídico y que se evite la posibilidad de que un juez o que un tribunal en un proceso concreto aplique normas legales o preceptos reglamentarios que infrinjan la constitución. Por esa razón el aplicador de las normas debe solicitar, si observa que estas vulneran la Constitución, el auxilio del pleno de la Corte Suprema de Justicia para que, desarrollando funciones propias de Tribunal Constitucional, este alto organismo disipe la duda evitando que la autoridad jurisdiccional administre justicia a partir de preceptos contrarios a la constitución. Con ello se pretende la aplicación de semejantes preceptos al caso concreto y la finalidad no es otra que la depuración del ordenamiento jurídico de aque-

llos preceptos que no sea acorde con los postulados constitucionales⁴⁶⁹. Debe insistirse en que la finalidad misma de este proceso es acomodar las normas que se apliquen en un proceso a un ordenamiento jurídico sustentado en una base constitucional.

La especialidad de este mecanismo controlador estriba en que no es necesario proceder a una prueba exhaustiva de las razones que avalen su puesta en marcha, sino que basta la inconveniencia de su aplicación por parte del promovente. Para evitar abusos la Corte Suprema de Justicia apunta que solo factible emplear este medio incidental cuando quien la promueve no es un servidor público a quien corresponde la administración de justicia y cuando se trate de una norma susceptible de vulnerar la constitución⁴⁷⁰.

2. *Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de febrero de 2011* (Inspecciones Jesús Díaz, S.A. contra Corporación Iberoamericana de Negocios)

Entre los preceptos de la LAP que han sido objeto de este medio de impugnación figura su el art. 38 relativo a la ejecución de los laudos arbitrales firmes y, en particular, la expresión que dice “...”quien podrá oponerse a la ejecución solicitada, alegando únicamente la pendencia del recurso de anulación.”. Debe tenerse en cuenta que en los procesos de ejecución de laudos arbitrales, existe una etapa de conocimiento previa y limitada, en la que el juez de ejecución una vez admitida la solicitud, deberá notificársele a la contraparte, quien podrá oponerse a la ejecución solicitada, alegando únicamente la pendencia del recurso de anulación ante la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, conforme lo establece el art. 33 LAP y, en este caso, deberá aportar el escrito de interpo-

⁴⁶⁹ En España se conoce este instrumento como “cuestión de inconstitucionalidad” y tiene como función reparar la infracción realizada por el poder legislativo, lo que la vulneración de la Constitución por el poder judicial. *Vid.* E. Marín Pageo, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1990, p. 6.

⁴⁷⁰ En este caso no resulta viable la advertencia (*vid.* Sentencias de 30 de diciembre de 1996, 14 de enero de 1997, 19 de enero de 1998, 5 de junio de 1998 y 25 de septiembre de 1998).

sición o la existencia de una sentencia de anulación, con copia autenticada de dicha sentencia. Es decir, en estos casos al ejecutado no se le admite más defensa que el hecho que esté pendiente de decisión el recurso de anulación contra el laudo arbitral, o que se haya anulado dicho laudo.

Pues bien, la referida frase fue impugnada en el asunto *Inspecciones Jesús Díaz, S. A.* De acuerdo con la accionante dicho precepto es susceptible, a juicio del accionante, de impedir o limitar a las partes en un proceso ejecutivo de laudo arbitral, el poder ejercer o utilizar los distintos medios o recursos que el propio ordenamiento jurídico ha consagrado, limitándolo única y exclusivamente a presentar su oposición, alegando la pendencia del recurso de anulación y con ello, se transgrede el derecho fundamental del debido proceso que claramente reconoce nuestro sistema constitucional, en concreto el art. 215. Más exactamente el art. 38 de la LPA desconoce por completo, también a juicio del accionante, la garantía que tiene toda persona de enervar, a través de los medios de defensa, permitidos por ley, la ejecución que tenga por objeto el reconocimiento de un laudo arbitral, limitándolo exclusivamente a advertir la pendencia del recurso de anulación, como medio de defensa. Sin embargo, esta argumentación fue considerada improcedente por la CSJ, advirtiéndole al respecto que

“Pretender discutir en un proceso de ejecución de laudo arbitral, la supuesta inconstitucionalidad de la frase en estudio, alegando la limitación de una defensa efectiva, contraria el espíritu de los procesos ejecutivos, pues pretende discutir en un proceso de ejecución de laudo arbitral, asuntos que pudieron ser tratados en la jurisdicción arbitral, mediante los recursos legales previstos para ello”⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de febrero de 2011 (*Inspecciones Jesús Díaz, S.A. contra Corporación Iberoamericana de Negocios*).

Capítulo IV

ARBITRAJE Y TUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. Observancia de las garantías constitucionales

1. Arbitraje, tutela judicial efectiva

A) Contenido y alcance del principio de tutela judicial efectiva

Los derechos se ejercen. Poseer un derecho implica la posibilidad de poder ejercerlo o de exigir su cumplimiento ante un Tribunal. Cuando una sociedad obstaculiza o imposibilita el legítimo goce de los derechos hiere la misma condición humana⁴⁷². De igual manera, cuando un Estado no da una respuesta cabal a la necesidad de justicia y no posibilita el bien público “justicia”⁴⁷³, contradice un postulado de *ius cogens* inserto en los textos internacionales de derechos humanos⁴⁷⁴. Para su normal desarrollo un sistema constitucional debe incorporar un conjunto de garantías o, dicho en otros términos, existe la necesidad específica de que las Constituciones cuenten con mecanismos apropiados de defensa,

⁴⁷² L. Hierro, “El concepto de justicia y teoría de los derechos”, *Estados, Justicia y Derechos* (E. Díaz y J.L. Colomer, eds.), Madrid. Alianza, 2002, pp. 11 ss.

⁴⁷³ M. Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (trad. H. Fix Fierro), México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 81 ss.

⁴⁷⁴ Para E. Couture, la tutela jurisdiccional efectiva consiste en “la satisfacción efectiva de los fines del Derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas” (cf. *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 479).

entre ellos de una garantía jurisdiccional, particularmente la que ofrece la denominada “justicia constitucional”⁴⁷⁵, que se configura un valor constitucional” necesaria para cualquier forma de gobierno democrático⁴⁷⁶. De esta suerte se hace efectiva la máxima del jurista panameño E. Molino Mora de que la Constitución, y sus derechos, vale lo que valgan sus garantías⁴⁷⁷.

En la hora actual, ante la aparición de un conflicto, en todo Estado constitucional de Derecho, democrático y social, virtualmente se ha eclipsado la posibilidad de autotutela o autodefensa, quedando la autocomposición y la heterocomposición como mecanismos válidos y pacíficamente admitidos para solucionarlos. A partir del momento en que la persona recurre y acude al aparato judicial para pedir se le haga justicia, más precisamente cuando recurre al órgano jurisdiccional a solicitar se le imparta protección a sus derechos, se hace menester la tutela judicial efectiva con el objeto de que a través de un proceso determinado se satisfaga la pretensión solicitada en un primer momento por la persona afectada o perjudicada⁴⁷⁸. La necesidad de tutela de los derechos de los

⁴⁷⁵ F. Simón Yarza, “La composición de la justicia constitucional en perspectiva comparada (en especial, con relación a Estados Unidos)”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 31, 2013, pp. 363–390.

⁴⁷⁶ Cf. M. Cappelletti, *La influencia de los valores constitucionales sobre la forma de gobierno: el papel de la justicia constitucional*, Madrid, Cuadernos Constitucionales, Centro de estudios Constitucionales, 1984. L. Aguiar de Luque entiende por tal “un conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto hacer realidad en la vida jurídica de un país la operatividad normativa de la Constitución, esto es, dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto norma jurídica a la que de este modo han de adecuar su actuación los poderes públicos...”. Cf. “Alcances y límites de la justicia constitucional”, *Seminario sobre Justicia Constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1992, p. 70.

⁴⁷⁷ Cf. E. Molino Mola, *La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Un estudio de Derecho comparado*, Medellín, 1998.

⁴⁷⁸ En la jurisprudencia venezolana la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional) n° 1.067/2010, de 3 de noviembre de 2010 ha señalado a este respecto que “es una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido

justiciables es un instrumento indispensable “para hacer estable la vigencia del Derecho y lograr, así, a través del proceso, alcanzar y preservar todos aquellos valores considerados fundamentales para la consecución de los fines sociales”⁴⁷⁹.

La tutela de los derechos fundamentales en una genuina dimensión procesal requiere, en primer término, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional. A partir de aquí tutela judicial y debido proceso se incluyen en el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Dentro de la relación de los derechos fundamentales la tutela judicial se contempla como un derecho esencial cuyo finalidad última es la protección de otros derechos. Se manifiesta como el derecho a acceder a los tribunales y a obtener de ellos una resolución de fondo, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para ello. Existe una interrelación muy profunda entre este derecho y la prohibición de indefensión, lo que trae como consecuencia ninguna controversia que tenga su base en el ordenamiento jurídico debe quedar al margen de dicha tutela judicial. No obstante, la prohibición de indefensión lleva implícita la necesidad de una resolución judicial de fondo y para que dicha resolución tenga lugar deben concurrir una serie de requisitos determinados y una serie de presupuestos establecidos en la norma. Si tales requisitos y presupuestos no concurren en un caso concreto, como regla general y en cuanto sea posible, la actividad de los órganos judicia-

proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad y los medios para resolver sus conflictos, tales como el arbitraje, debiendo a tal efecto lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso, siendo que el medio para lograr esa necesaria armonización de la sociedad, debe ser el resultado necesario de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman”. <http://www.tsj.gov.pe/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>.

⁴⁷⁹ L.M. De Bernardis, *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1995, pp. 135-136.

les debe orientarse a subsanar la lesión sufrida, pues en caso contrario es muy probable que se haya producido la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Con carácter general se entiende por derecho fundamental a la tutela judicial efectiva aquél que tiene toda persona de solicitar la actuación de los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos, con el concurso de un procedimiento que respete las garantías mínimas y esenciales. El derecho a la tutela judicial efectiva se escinde en dos vertientes autónomas pero íntimamente vinculadas entre sí, como es, de un lado, el derecho a la jurisdicción como garantía previa al proceso y, de otro lado, el derecho a un proceso con todas las garantías⁴⁸⁰. Esta última vertiente comprende el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (o juez natural), la información de la acusación, un proceso público sin dilaciones, el derecho a la prueba, la asistencia letrada, e implícitamente el derecho al juez imparcial. Las Constituciones del siglo XX ensayaron vincular las libertades clásicas, incluidas las de carácter procesal, con los derechos sociales, permitiendo la participación efectiva del ciudadano en la sociedad a través de la realización del derecho de acción, que pasó a ser considerado como “derecho de acceso a la justicia”. Pronto dicho derecho fue motivo de

⁴⁸⁰ La extensión de este derecho varía, sin embargo, entre los distintos sistemas, *v.gr.* Para el Tribunal Constitucional Español “el derecho a la jurisdicción se concreta en un derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional, a fin de llegar a una decisión judicial sobre las pretensiones formuladas” (*cf.* J.M. Goig Martínez y otros, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Editorial Universitas Internacional, 2006, p.384). No obstante, Sin embargo, en el modelo constitucional venezolano, este derecho de acceso no se limita a los tribunales de la República, sino que comprende “cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa y judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas” (*cf.* J.M. Casal Hernández, “Aspectos conceptuales del acceso a la justicia, en *Acceso a la Justicia. La Universidad por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos*, Caracas, 2006, pp. 31-32).

una preocupación preferente en los modernos sistemas jurídicos⁴⁸¹.

Más matizadamente el acceso a la justicia se ha consolidado como un derecho humano fundamental cuyo ejercicio posibilita reclamar la violación de otros derechos que pueden estar reconocidos en distintos textos que contienen un catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales: los reconocidos por la Constitución de un Estado, los proclamados por el Derecho internacional de los derechos humanos o los considerados como derechos de carácter privado entre particulares⁴⁸². El derecho de acceso a la justicia cada vez goza de mayor reconocimiento como derecho social básico que, sin embargo, tiende a ser obstaculizado por factores tales como el costo de los litigios, la duración de los procesos y los retrasos injustificados y la desigualdad de medios en posesión de la partes⁴⁸³, que nos conduce a la noción de “parte débil” en el proceso.

Es bien sabido que en las modernas Constituciones, además de la estructura organizativa del Estado, se consignan los derechos fundamentales de los habitantes de un país. Los derechos que no son más que la tipificación legal de las libertades individuales, en sus diversas variantes, como derechos civiles, políticos, sociales y económicos, están garantizados en la Constitución. Ni el Estado ni los particulares se encuentran legitimados para vulnerar los derechos fundamentales de las personas, lo que podría ocurrir como consecuencia de la aplicación de determinadas normas legales manifiestamente contrarias a la Constitución. Suscribir o aceptar

⁴⁸¹ M. Cappelletti, “Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei”, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 120 ss.

⁴⁸² J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 161 ss.

⁴⁸³ M. Cappelletti y G. Brayant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

un acuerdo de arbitraje no comporta en modo alguno la dejación de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en la Constitución panameña. Dicho derecho contiene un contenido de gran amplitud que incluye no solamente la protección de los derechos ciudadanos determinados en ella y en las demás leyes nacionales por medio de los enraizados mecanismos de concurrir ante los jueces y tribunales ordinarios, sino que también incluye el derecho de todo ciudadano a buscar esa misma protección o tutela mediante los sistemas alternativos que aporta la justicia privada.

Sin mayores pretensiones, que desbordan con creces e contenido de esta tesis de doctorado, podemos considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, de configuración legal, contenido complejo y que reconoce a todas las personas. Dicho reconocimiento, que acostumbra a estar reconocido en las Constituciones, consiste en el derecho de estar a tener libre acceso a los tribunales solicitando de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho⁴⁸⁴. Más concretamente, el derecho subjetivo que tiene todo sujeto de derecho para solicitar al órgano jurisdiccional que “haga justicia”⁴⁸⁵. Entre las características esenciales de este derecho podemos apuntar dos. De un lado, que se trata de un “derecho subjetivo”, puesto que es una capacidad de la persona que tiene la facultad de ejercer o no dicha atribución ante un juez. Y, de otro lado, la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Más que un principio, un postulado constitucional, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de toda persona;

⁴⁸⁴ C. Peña, “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno”, en C. Medina y J. Mera (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos: el Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, n° 6, Santiago, septiembre de 1996, pp. 661 ss.

⁴⁸⁵ J. González y Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989.

y no sólo es eso, es un derecho que, al lado de otros, configura el orden político de la paz social, que engloba tres facultades fundamentales: en primer lugar de acceder al proceso o a la jurisdicción, en segundo lugar, el derecho a la defensa contradictoria, y, por último, el derecho a la efectividad de la sentencia.

La necesidad de un derecho a la tutela judicial efectiva que resulte diáfano, transparente y sin inflexiones, es una de los requerimientos esenciales para configurar un ordenamiento jurídico como justo y garante de los derechos que protege. Es cierto que en los últimos tiempos se ha asistido a un desarrollo muy importante de en la consolidación de este derecho, pero no ha sido un camino fácil. Más concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la facultad que tienen los particulares tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada⁴⁸⁶, no permitiéndose el que por parte de éstas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas⁴⁸⁷. De amplísimo contenido, alcan-

⁴⁸⁶ En Costa Rica el art. 58 de la Ley de Arbitraje que “Los laudos arbitrales dictados en arbitrajes de derecho siempre deberán ser motivados”. De acuerdo con la Sentencia de la CSJ “este deber de fundamentación deriva a su vez del principio constitucional del debido proceso, de extenso desarrollo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional (...) este detalle es elemental, dentro del debido proceso, ya que solamente conociendo las causas que motivaron la decisión, podrán atacarse esos criterios de forma debida; caso contrario, se coloca a las partes en limbo de incerteza e incertidumbre, en el que se desconoce la razón para llegar al criterio final, lo que lesiona de forma directa sus derechos dentro del proceso. Así visto, la expresión de razones no es suficiente para cumplir con el deber de motivación, es necesario que se haga un análisis particular del caso, estableciendo los motivos que en la situación particular, llevaron a adoptar el criterio contenido en el laudo. Lo contrario deja a las partes en estado de indefensión, y en la imposibilidad de saber las razones del laudo, cercenando de manera relativa su derecho de recurrir”.

⁴⁸⁷ La configuración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no manifiesta una orientación exclusiva en el sentido de obtener una decisión judicial acorde, con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello. Más concretamente, este derecho supone obtener

za el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido⁴⁸⁸. Comprende, asimismo, el derecho a que se dicte una resolución fundada en Derecho, que puede ser favorable o desfavorable, confiriendo respuesta a la acción ejercida por la actora, por lo que se viola el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el juez, o en nuestro caso el tribunal arbitral, no se pronuncie sobre alguna de las cuestiones que se le hayan planteado.

La tutela judicial efectiva es un derecho reconocido en la generalidad de los textos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional (entre otros, DUDH⁴⁸⁹, PIDCP, PIDESC, Convenio europeo de Derechos Humanos⁴⁹⁰,

una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas.

⁴⁸⁸ M.A. Sánchez Rubio, “Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n° 21, 2003, pp. 601–616.

⁴⁸⁹ El art. 8 de la Declaración Universal dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”, y el art. 10 añade que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁴⁹⁰ En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, se estipuló ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidos, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional *Vid.* C. Jarrosson, “L’arbitrage et la

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...⁴⁹¹), que garantizan el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Este reconocimiento a la tutela judicial efectiva se complementa con otras garantías como son el derecho de todos a la defensa y a la asistencia de letrado de tal forma que en cada caso concreto se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice en lo máximo posible la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías nacional e internacionalmente reconocidos.

Dentro de los instrumentos de carácter universal este derecho está contemplado en el art. 14.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹². A partir de aquí se infiere que el Estado, sabe y tiene pleno conocimiento de cual es su labor de protección frente al ciudadano que solicita e implora justicia. y la consecuencia no otra que el deber del Estado promover dicho de-

Convention européenne des droits de l'Homme", *Rev. arb.*, 1989, pp. 573 ss; R. Briner y F. von Schlabrendorff, "Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration", *Liber Amicorum KarlHeinz Böckstiegel*, Colonia, 2001; A. Samuel, "Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, *J. Int'l Arb.*, vol. 21, 2004, pp. 413 ss; J.C. Landrove, "European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration an État des Lieux of Strasbourg Case—Law and of a Problematic Swiss Law Deature", en Besson, Hottelier y Werro, eds., *Human Righth at the Center*, Basilea, Ginebra, Zúrich, Schulthess, 2006, pp. 73–101.

⁴⁹¹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, receptó expresamente en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

⁴⁹² Dicho precepto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o "Pacto de San José de Costa Rica"), reiterando otros estándares internacionales, establece a este respecto el derecho de toda persona "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

recho, que no solo se limita al aspecto procesal, sino, fundamentalmente, al aspecto material, en el sentido de resolver la pretensión de justicia planteada.

El derecho a la tutela judicial efectiva se configura así como un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio, que no es propiamente la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal. No es otra cosa que el equivalente, en el Derecho anglosajón, a la obligación de respetar el *due process of law*, que también aparece contemplado en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Su estructura viene conformada por el derecho a interponer recursos legales y, sobre todo, por el derecho de acceso a la jurisdicción cuyas manifestaciones son: a) la posibilidad de dirigirse al órgano judicial competente; b) la admisión de cualquier tipo de pretensión, con independencia de que prospere o no, y c) que no debe tener coste alguno. Dicho derecho se acompaña de otros derechos íntimamente vinculado: el derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada, el derecho al cumplimiento de la sentencia y, finalmente, el derecho a entablar los recursos legales.

Se produce indefensión cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. Es el caso de infracción de infringe una norma procesal, que prive o limite a una parte de sus medios de defensa o de la falta imputabilidad al justiciable.

B) Prolongación al procedimiento arbitral

Con carácter general puede admitirse que la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. Como hemos tenido ocasión de verificar, las Constituciones no han excluído la contingencia de realizar un razonable control constitucional de los actos de los árbitros, pues ha previsto la procedencia del amparo contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera los derechos tutelados por este proceso constitucional. A partir de aquí, desde una perspectiva general:

i) Sería perfectamente factible cuestionar una resolución arbitral en sede constitucional, a través del proceso de amparo; siempre que se observen los presupuestos de procedibilidad establecidos por el ordenamiento jurídico. Dicho en otros términos, y de acuerdo con este planteamiento general, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria.

ii) También sería factible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso, que sean aplicables en el procedimiento arbitral no sólo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también, cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo.

iii) En ningún caso se podría en el curso de un procedimiento arbitral denegar a las partes este derecho, debiendo los árbitros resolver todos los asuntos que se les sometan, otorgando a ambas partes igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones.

La justificación de semejante planteamiento es que nos hallamos ante un derecho las Constituciones reconocen a todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas. Dicho en otros términos, el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje, ya que el derecho a dicha tutela no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje.

La posibilidad de solicitar la tutela de determinados intereses jurídicos a través de la actuación de árbitros, tanto en el caso de requerirlo las partes de común acuerdo, bien durante el juicio o bien antes de entablarse aquel, así como en el caso de invocarlo una sola de ellas, cuando existe oposición de la otra, no puede ser contemplado más que como una suerte de expresión del derecho que tiene todo ciudadano, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, de obtener la satisfacción de su interés a través de medios no jurisdiccionales de justicia; y para el caso ya anotado en que deba solicitarse judicialmente la protección de ese derecho de acudir al arbitraje, justamente por resistencia de la otra, esa manifestación equivaldría a una invocación de tutela, precisamente dirigida a un órgano jurisdiccional, lo que permite concluir que, en ese particular supuesto, la solicitud de arbitraje, más que una variante del poder de la jurisdicción, puede ser considerada más bien como un derecho o como una expresión del poder jurídico de la acción que corresponde a toda persona natural o jurídica.

La postura que excluya el arbitraje del ámbito del derecho fundamental a la tutela efectiva olvida, cuando menos, tres cosas. En primer lugar, que las garantías contenidas en la Constitución panameña pueden constituir el contenido del “orden público”, que es una de las vías habilitadas para ejercitar la acción de anulación contra el laudo. En segundo lugar, que la noción de orden público, en la medida en que fundamenta el ejercicio de la acción de anula-

ción que tiene lugar en sede de la jurisdicción estatal, es la que permite, de manera mediata, el control constitucional. Por último, que si el arbitraje no tuviera que adecuarse a las exigencias constitucionales se produciría una quiebra inasumible en el sistema constitucional de la justicia⁴⁹³.

En el apartado siguiente de este Capítulo tendremos ocasión de verificar las ventajas y los inconvenientes de la admisión del planteamiento que acaba de efectuarse.

2. *Respeto a las garantías del debido proceso*

A) Delimitación

Íntimamente conectada con el sistema de garantías que conforman el denominado “debido proceso”, que se materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso, lo que se conoce como la tutela jurisdiccional efectiva. Entre estas garantías se incluyen derechos tales como: el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno mismo y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, en el que necesariamente concurren los principios de audiencia y de igualdad de las partes. Por su parte, la tutela judicial incluye la prohibición de autodefensa, interdicción que por lo demás es propia de un Estado de Derecho⁴⁹⁴. Las garan-

⁴⁹³ A. Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, op. cit., p.40.

⁴⁹⁴ Vid., en la doctrina española, I. Borrajo Inieta, I. Díez Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1995; F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994; J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

tías no son otra cosa que una manifestación de desarrollo del principio de legalidad, pues representan un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En su virtud los órganos de la justicia ordinaria no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

Como pusiera de relieve el autor panameño Arturo Hoyos, el debido proceso es

“... una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso— legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas— oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”⁴⁹⁵.

En orden a su extensión, este derecho ha sido considerado por la doctrina como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Es además, el derecho que tiene toda persona a la recta administración de justicia, lo cual implica además, la correcta y adecuada aplicación de la Constitución y la ley al caso particular. El derecho fundamental al debido proceso debe contemplarse como el cúmulo de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades

⁴⁹⁵ A. Hoyos, *El debido proceso*, Santa Fe, Bogotá, Ed. Temis, S.A., 1996, p.54.

propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. Posee un doble carácter pues es oponible a todos los poderes del Estado pero también a las personas físicas y jurídicas. Por consiguiente, en orden a su protección efectiva, es menester la definición por el legislador de cada una de las etapas procesales toda vez que, si esto no concurriera la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de resolver las controversias y de solucionar lo que concierne a la interdependencia de sus derechos.

Comprende aquellos derechos sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso. Su contenido no esencial estará conformado por instituciones que no le son propias, como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquellas que por su propia naturaleza no sean exigibles.

B) Prolongación al procedimiento arbitral

a) Justificación y límites

En los arbitrajes de Derecho el control difuso de la constitución es un deber del árbitro. No puede olvidarse que el principio de supremacía constitucional⁴⁹⁶ que acompaña estrechamente al principio de jerarquía normativa es obligatorio para todos, gobernantes y gobernados, sin excepción, en consecuencia no puede establecerse ningún argumento que alguno que exonere a los árbitros de ejercer un control de constitucionalidad durante el proceso

⁴⁹⁶ El funcionamiento del postulado de supremacía constitucional ofrece dos dimensiones. Una de carácter formal, sin la cual carecería, en buena medida, de fuerza y exigibilidad. Y otra material, sustancial o axiológico, que expresa lo más importante que tutela una Constitución: los derechos humanos y la dignidad de la persona. Ambos aspectos son esenciales para un adecuado quehacer constitucional. Ahora bien, en la actualidad no parece verosímil mantener una visión formalista de la Constitución y de la supremacía, ya que existen aspectos sustanciales, como la primacía de los derechos humanos, que se anteponen como factores prioritarios por seguir. *Vid.* R.L. Blanco, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 249–256.

arbitral. El control jurisdiccional de lo acontecido a lo largo del proceso arbitral encuentra una apoyatura dogmática en el acatamiento a las normas del debido proceso. Es menester *prima facie* determinar los alcances de este derecho fundamental y sus componentes esenciales y, en ese orden, cabe precisar que el debido proceso en su faceta adjetiva, asegura la estricta observancia de presupuestos que deben ser cumplidos para el establecimiento de cualquier sanción o consecuencia jurídica. Se configuran así las reglas de un debido proceso adjetivo, entre muchas otras, por ejemplo la garantía del juez natural, en sus tres vertientes, imparcialidad, independencia y competencia. Asimismo, el juicio previo, constituye otro presupuesto esencial del debido proceso adjetivo, por tanto, nadie puede sufrir una sanción sin haber sido escuchado en un proceso o procedimiento contradictorio que asegure de manera extensiva y de la forma más amplia posible el derecho irrestricto a la defensa, siguiendo presupuestos procesales preestablecidos. De igual manera, las reglas de un debido proceso adjetivo, resguardan el derecho a una decisión motivada y congruente, que además pueda ser objeto de revisión a través de un acceso oportuno y efectivo a una doble instancia⁴⁹⁷.

Consecuentemente, el derecho al debido proceso se extiende al ámbito de la jurisdicción arbitral. Se trata, en efecto, de un derecho cuyo contenido esencial no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. En consecuencia, es evidente que las exigencias de respeto y protección del debido proceso, vinculan a los árbitros y tribunales arbitrales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Al respecto, resulta oportuno apuntar que dichas garantías serán aplicables al arbitraje siempre que sean concurrentes con la naturaleza y

⁴⁹⁷ O.A. Gozaíni, “El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional”, *Cuestiones Constitucionales*, n° 7, 2002. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard2.htm>.

finés de dicha institución, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución.

El contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral está conformado por aquellos derechos sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso arbitral; el contenido no esencial estará conformado por instituciones que no le son propias, como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquellas que por su propia naturaleza no sean exigibles. Por último, el contenido adicional está referido a aquellos derechos de configuración legal que son exclusivos del proceso arbitral y no forman parte de los anteriores. Entre otras cosas este derecho debe garantizar en el proceso arbitral la paridad de condiciones entre las partes. Ello, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley que significa que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a la defensa de sus respectivos intereses, y, en ese mismo sentido hay que trasladarlo al arbitraje.

b) Situaciones contempladas

En relación con el arbitraje el debido proceso está circunscrito a aquellos derechos de configuración legal que son exclusivos del proceso arbitral y no forman parte de los anteriores. Cabe desglosar el referido contenido como sigue:

i) Derecho de acceso a la jurisdicción arbitral: El acceso voluntario a la justicia arbitral deriva de una convención de las partes para someter un conflicto o la interpretación de un contrato, a la intervención de árbitros. Para acceder a la justicia arbitral, debe existir un conflicto de intereses entre las partes, y pretensiones contrapuestas, atento a que los procesos voluntarios serían ajenos al conocimientos de los árbitros. Este derecho parte de reconocer el principio de autonomía de la voluntad de los privados, en virtud del cual, los particulares están facultados para suscribir un convenio arbitral con el objeto de sustraer sus controversias de la justi-

cia ordinaria y someterlas a la jurisdicción arbitral, siempre que éstas versen sobre materias de carácter disponible por las partes. Asimismo, implica que el convenio arbitral surte efectos desde el momento mismo de su suscripción, impidiendo que las materias sometidas a arbitraje sean discutidas en el Poder Judicial; salvo que las partes hubieran decidido renunciar expresa o tácitamente al arbitraje. El acceso a la justicia arbitral puede restringirse a través de la ley en alguna medida y por la jurisprudencia en otra buena medida. En el primer caso el legislador puede excluir del arbitraje aquellas materias que no son susceptibles de transacción, es decir, toda materia que no tiene un verdadero contenido económico; restricción que independientemente del juicio de valor acerca de si resulta conveniente o inconveniente o buena o mala, lo cierto es que no se encuentra consagrada en la Constitución Política. En el segundo caso los tribunales de justicia pueden imbuir poco a poco al arbitraje de un carácter verdaderamente excepcional, yendo mucho más allá en cuanto a limitaciones y restricciones de lo que la ley y, obviamente, la Constitución han limitado o restringido.

ii) Derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o tribunal arbitral imparcial: Esta exigencia se hace efectiva a través del instituto de la recusación y del deber de informar que se le atribuye a los árbitros.

iii) El derecho a la igualdad sustancial en el proceso: En virtud de este derecho, el proceso arbitral debe garantizar la igualdad de condiciones entre las partes. Ello, implica que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a la defensa de sus respectivos intereses, y, en ese mismo sentido hay que trasladarlo al arbitraje. Dentro de este apartado debe hacerse mención al especial deber de diligencia de los árbitros en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar

que las notificaciones, citaciones, emplazamientos, y en su caso, requerimientos, llegan a sus destinatarios dándoles así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses y de evitar la indefensión. La omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye, en principio, una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva cuando prive al destinatario afectado del conocimiento necesario para que pueda ejercer convenientemente su derecho de defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir, salvo que la indefensión esté motivada por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de diligencia procesal del interesado.

iv) Derecho de defensa: En el caso particular del arbitraje, se orienta a dar a las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos en el marco de un proceso arbitral, de conformidad con los preceptos del Decreto ley 5/1999. No es necesario apreciar el derecho a la efectividad de la tutela arbitral y el derecho de defensa. Esos derechos no entran en conflicto pues cada uno de ellos incurre en un ámbito disímil, sin que se ocasione ninguna suerte de antinomia. Mientras que el primero reclama la selección de un medio idóneo para la protección del derecho reivindicado, en el segundo, la elección, en la hipótesis de que existan diversos medios idóneos, de aquél que aparezca como el menos lesivo a la marco jurídico del particular afectado⁴⁹⁸.

v) Derecho a la prueba: Se trata de un derecho básico de los justiciables que los facultad a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. En el caso particular del arbitraje, los árbitros tienen facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Esta facultad debe ser ejercida de conformidad con el derecho a probar de las partes y, en caso los árbitros resuelvan

⁴⁹⁸ A. Albanés Membrillo, “Arbitraje y derecho de defensa”, *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 35–48.

prescindir de algún medio probatorio que no hubiera sido actuado en el proceso, su decisión deberá ser motivada⁴⁹⁹.

vi) Derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales: El derecho a la adecuada motivación de las resoluciones forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral puesto que asegura que la actuación de los árbitros se lleve a cabo de manera regular, de conformidad con la Constitución y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales de las partes en conflicto. Como ha señalado el profesor A. Nieto, motivar es justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez o el árbitro efectúan⁵⁰⁰; la motivación se configura así como un criterio diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad. Existe una diferencia sustancial entre el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad cual es el alcance del deber de motivación del laudo⁵⁰¹. De esta suerte a la determinación del alcance general de la motivación entre sentencias judiciales y laudos se une la necesaria precisión de este requisito respecto de los pronunciados en equidad⁵⁰².

vii) Derecho a la ejecución de laudos arbitrales: Considerando que el laudo no podrá ser ejecutado por el propio árbitro o tribunal

⁴⁹⁹ A.A. Zamorano, “El derecho a la prueba como una garantía del proceso justo”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 863–882.

⁵⁰⁰ A. Nieto García, *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*, Madrid, Universidad Complutense, 1998, p. 185.

⁵⁰¹ J.L. Delvolvé, “Essai sur la motivation des sentences arbitrales”, *Rev. arb.*, 1989, pp. 149 ss.

⁵⁰² J.C. Fernández Rozas, “Motivación del laudo arbitral en equidad”, *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 469–477. El Tribunal Constitucional español se ha ocupado de esta cuestión al señalar que estamos ante un proceso especial, “caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (‘saber y entender’) por los jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica” (STC 43/1988, de 16 de marzo).

arbitral, será preciso equiparar la eficacia del laudo arbitral al de una sentencia judicial⁵⁰³. De esta suerte el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes; y, en caso de incumplimiento, se podrá demandar su ejecución ante el Juez del lugar de la sede del arbitraje, sin que sea posible para el juez admitir otra oposición que la que se sustente en la existencia de un recurso de apelación o de anulación de laudo arbitral en trámite.

viii) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Las dilaciones indebidas son una manifestación de la incidencia del paso del tiempo en la eficacia del derecho y, en la actualidad, esta incidencia ha ido tomando mayor relevancia y cada vez ha despertado una mayor sensibilidad jurídica, en paralelo a la mayor importancia que se da al tiempo desde la perspectiva económica.

La finalidad de la exigencia de un proceso con todas las garantías como condición al pronunciamiento de un laudo es porque el juicio supone dar a las partes que intervienen en el arbitraje, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos⁵⁰⁴. Para ello el árbitro debe disponer de todos los elementos de juicio necesarios para pronunciar su decisión apreciando según su leal saber y entender las pruebas practicadas en el procedimiento y lo manifestado por las partes. Ese conjunto de actuaciones en que se plasma el debate contradictorio constituye el fundamento de la convicción del árbitro. Dentro de este contexto, el principio que examinamos garantiza que todo proceso tenga

⁵⁰³ A.E. Ledesma, “Eficacia del laudo arbitral”, *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski*, Lima, Cultural Cuzco, S.A., 1989, pp. 99–114.

⁵⁰⁴ Vid. V. Gimeno Sendra, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 137–150; M. Revenga Sánchez, *Los retrasos judiciales: ¿Cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones?*, Madrid, Tecnos, 1992; P. Fernández-Viagas, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994; C. Riba Trepas, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.

un límite temporal entre su inicio y su fin, de manera que las controversias no queden en suspenso de manera indefinida; vaciando de contenido el derecho de toda persona a acceder a un proceso verdaderamente efectivo.

Sobre el plazo para la emisión del laudo, no debe olvidarse que el art. 25.1º Decreto ley 5/1999 dispone un plazo de seis meses para dictar el laudo arbitral. Bien entendido que el plazo para que el árbitro emita su laudo puede ser negociado por las partes que pueden hacer constar el plazo que deseen bien en el mismo convenio, bien referenciando dicho plazo al plazo que establezca el reglamento de la institución que las partes libremente hayan elegido como administradora del arbitraje previo expreso sometimiento a dicha institución y reglamento (art. 25.2º). Consecuentemente, no hay cabida, en el proceso arbitral panameño, para gestiones dilatorias: las actuaciones ante tribunales ordinarios de justicia acerca de la validez del convenio arbitral o de la incompetencia del tribunal arbitral no impiden el seguimiento del proceso arbitral hasta dictar el laudo. No es admisible la presentación de incidentes ante los tribunales ordinarios durante el curso del proceso arbitral. En el propio proceso arbitral, no hay cabida para incidentes de previo y especial pronunciamiento.

c) Consecuencias

Es cierto que el convenio arbitral entraña voluntad por parte de los que lo formalizan de dirimir sus controversias por el cauce arbitral sin acudir a la vía judicial; pero ello no supone que el procedimiento adoptado no deba ser escrupulosamente cumplido, por cuanto que no hay razones, ni de índole práctico, ni derivada de la voluntad de los sujetos que se someten, para considerarlo secundario. Por el contrario, en función de las amplias facultades se concede al árbitro, es obligado por seguridad de todos, que el procedimiento pactado sea cumplido escrupulosamente, pues esa decisión lo debe ser en base a que las partes hayan podido alegar y

probar, y con ello evitar una decisión arbitraria injustificada que vulneraría la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

En mayor o menor medida es un problema común en los distintos países la congestión de asuntos en la justicia estatal, lo provoca que cada vez resulte más complicado hallar una verdadera tutela efectiva en la misma y haga plantearse la necesidad de buscarla en fórmulas extrajudiciales, hay que andarse con mucha cautela en abrir las puertas a las vías alternativas cuando éstas no aseguren unos protocolos de garantías procesales mínimas paralelos a los que ofrece la justicia ordinaria⁵⁰⁵.

El laudo definitivo que pone fin al procedimiento arbitral debe guardar una congruencia ajustada a lo pedido por las partes en el momento de su inicio y esta congruencia únicamente puede conseguirse cuando los árbitros estudien de manera completa todas las alegaciones de las partes, y lo hagan ateniéndose escrupulosamente a los aspectos sustanciales del *petitum* y la causa de pedir. Asimismo, deben colegir suficientemente las razones que les han llevado a su fallo, Por eso las legislaciones estatales incluyen la regla general de que el laudo deberá ser “motivado”. No obstante este requerimiento puede eximirse por acuerdo expreso entre las partes, así como en aquellos supuestos en los que el laudo incorpore un acuerdo transaccional entre las partes. Un laudo motivado es aquel que recoge las razones, jurídicas o no, dependiendo de que el arbitraje sea de Derecho o de equidad, que han servido como fundamento para el árbitro de adoptar una concreta postura.

Las resoluciones judiciales han de reflejar el fundamento de la decisión que se adopte, permitiendo así su control jurisdiccional. Es una exigencia que deriva directamente del postulado del respeto del derecho a la tutela judicial que exige que toda resolución judicial exteriorice el fundamento. De manera similar a la juris-

⁵⁰⁵ J. Picó i Junoy, “El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantreado”, , *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 779–794.

dicción el arbitraje suministra a los litigantes la solución del conflicto de un modo definitivo e irrevocable, si bien la decisión proviene allí de un particular (árbitro). Ambas resoluciones gozan de los plenos efectos de cosa juzgada sin necesidad de homologación o reconocimiento por parte de ningún órgano del Estado. No pueden confundirse, con todo, el arbitraje y la jurisdicción; la tutela que se logra a través de la intervención arbitral se agota en el laudo, o sentencia del árbitro, en tanto que la tutela jurisdiccional alcanza a la ejecución coactiva por el órgano que la dicta. Desde luego, tanto el árbitro como el juez han de ser terceros imparciales que resuelven definitivamente un conflicto.

En el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto sobre dos pretensiones controvertidas. Pero a diferencia de la Justicia, es un sistema en el que la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares. A él se llega generalmente en forma voluntaria, a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces. La adopción del arbitraje por la voluntad de las partes, implica desplazar total o parcialmente la jurisdicción de los órganos del Poder Judicial. Ello no vulnera la garantía constitucional del juez natural, ya que si bien la Constitución Nacional organiza los tribunales estatales como el medio natural de administrar soluciones a los litigios que se susciten entre particulares, o entre particulares y el Estado, las garantías y principios que emanan de la Constitución permiten dejar de lado ese medio, recurriéndose a otros que operan como fórmulas alternativas.

Corresponde al Estado aceptar la asunción de facultades jurisdiccionales por particulares a través del arbitraje permitiendo a las partes excluir de manera voluntaria el juicio de árbitros en determinados supuestos. Además de ello, el Estado reconoce a las decisiones arbitrales el valor de la cosa juzgada, habilitando para su ejecución los procedimientos de ejecución de sentencias judicia-

les. Los árbitros carecen del *imperium* propio de los magistrados estatales, pero ello no significa un menoscabo a su jurisdicción, ya que el ordenamiento establece la obligación de los jueces de prestarles auxilio. No concede a los árbitros la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, pero pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla.

La exclusividad jurisdiccional no afecta a la validez constitucional del arbitraje ya que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje, pues el derecho a dicha tutela no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitral. El árbitro ha de aplicar la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y, en materia procesal, está obligado a garantizar a las partes los principios de audiencia, contradicción e igualdad. La doctrina constitucional le coloca también como garante del orden público, con el debido respeto a la voluntad de las partes que por su convenio dieron origen y después vida al procedimiento arbitral.

Acudir al arbitraje no cuestiona la tutela judicial efectiva, pues los jueces y los árbitros son verdaderos socios en la garantía de la libertad contractual de las partes en litigio. Se puede hablar de una verdadera ósmosis entre la autonomía de los árbitros y la correspondiente tutela judicial. En la medida en que los árbitros garantizan el orden público en sus decisiones evitarán la intervención judicial en su actividad; por el contrario, la dejación de sus derechos y obligaciones obligará a los jueces y tribunales a ejercer su misión anulando en su caso la decisión arbitral.

A partir de aquí será factible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso, que sean aplicables en la jurisdicción arbitral. Sobre este punto, consideramos que las resoluciones emitidas por los

árbitros son revisables en sede constitucional no sólo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también, cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo.

II. Arbitraje y recurso de amparo

1. Planteamiento de la cuestión

A) Ventajas e inconvenientes

El recurso de anulación suele ser el único medio de impugnación de la validez de un laudo arbitral ante las cortes de la sede del arbitraje. Sin embargo, en algunos países, especialmente en América latina, se viene extendiendo la posibilidad de cuestionarla validez de los laudos arbitrales a la luz del ordenamiento constitucional, mediante el recurso de amparo o acción de tutela, según corresponda⁵⁰⁶. La justificación de esta posibilidad reposa en el postulado de superior jerarquía normativa de la constitución que considera que las decisiones judiciales y los laudos arbitrales respeten escrupulosamente las normas constitucionales. El principio de supremacía de la constitución se sustenta en el principio de soberanía territorial de los Estados en virtud del cual las normas jurídicas se aplican dentro del territorio nacional a cualquier persona o a cualquier actividad. Cierta sector de la doctrina y bastantes decisiones jurisprudenciales consideran que al no estar concebido el procedimiento arbitral como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, no es factible que los tribunales estatales competentes eludan la posibilidad de examinar si los laudos arbi-

⁵⁰⁶ J. Santistevan de Noriega, “Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, 2006, p. 47.

trales respetan con precisión los derechos y libertades establecidos en la constitución⁵⁰⁷.

Pero al margen de esta cuestión de carácter superestructural existen evidentes razones de carácter práctico en el sentido de considerar que la impugnación de los rayos de los laudos arbitrales por motivos de constitucionalidad va en contra de la regla de la celeridad consustancial al arbitraje y del carácter de instancia única de este mecanismo alternativo. Tanto más porque en la mayor parte de las legislaciones existe un mecanismo muy riguroso de carácter jurisdiccional que es el recurso de anulación y que tiene como activo, entre otras cosas, corregirlas y lleve procesales y evitar los supuestos de indefensión con la consiguiente salvaguardia de las garantías fundamentales del debido proceso de las partes.

Es frecuente afirmar que la presencia del recurso de amparo supone una desnaturalización del arbitraje⁵⁰⁸.

En lo relativo a la función de apoyo del arbitraje es claro que los jueces constitucionales no juegan ningún papel. Los jueces constitucionales no son los jueces de apoyo del arbitraje designados por las leyes internas sobre arbitraje comercial internacional. Sólo los tribunales estatales competentes en materia civil o comercial tienen los conocimientos técnicos necesarios para cumplir sus funciones de asistencia sin intervenir de forma ilegítima en los procedimientos arbitrales. Debe quedar pues bien sentado que los jueces constitucionales tienen como función controlar el arbitraje, quedando esta función en manos de la jurisdicción ordinaria⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ S.Talero Rueda, “Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales”, *Lima Arbitration*, n° 3, 2008–2009, pp. 213–236

⁵⁰⁸ F. González de Cossío, “El árbitro ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n°29, 2005, pp. 605 ss.

⁵⁰⁹ A. De Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización...”, *loc. cit.*, pp. 68–71.

B) Algunos supuestos de la práctica en América Latina

Esta última cuestión merece una mayor profundización a partir de la práctica registrada en algunos países de América Latina. En este marco existen muchos países en los que es dable acudir a la vía del amparo constitucional para impugnar una decisión de la jurisdicción ordinaria en el caso de que esta suponga un atentado o una violación flagrante contra el sistema de derechos y libertades previstos en la constitución. Esta circunstancia ha movido a un sector doctrinal a considerar que al igual que una decisión judicial puede impugnarse por medio del recurso de amparo, esta circunstancia debe ser extensiva a los laudos arbitrales. No en vano, como se señaló en el capítulo primero, el laudo arbitral y la sentencia judicial tiene muchas notas en común, pero también tienen diferencias sustanciales debido a la propia especificidad del arbitraje que conducen a negar la ecuación propuesta. Una ecuación que debería ser objeto de mayor tratamiento por la doctrina constitucionalista.

Es cierto, por tanto, que en algunos sistemas de América latina se ha admitido la posibilidad de impugnar un laudo arbitral a través de un amparo constitucional, aunque la práctica es muy variada.

i) Así en Argentina, tras una jurisprudencia contraria a partir de la Sentencia de la Corte Suprema de 7 de julio de 1993⁵¹⁰ y de 17 de noviembre de 1994⁵¹¹, el amparo comenzó a brillar a propó-

⁵¹⁰ La respuesta de la Corte Suprema argentina en el asunto *Fibraca Constructora S.C.A. / Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*) considerada como un decidido y directo apoyo al arbitraje internacional J.C. Cueto Rúa, “Un paso adelante en el desarrollo de la justicia arbitral en la Argentina, comentario al fallo ‘Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande’”, *Jurisprudencia Argentina*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, t. 1993–IV–471.

⁵¹¹ En el asunto *Color, S.A. / Max Factor Argentina* la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso extraordinario alegando que quién se beneficia

sito de otra decisión de la Corte en el asunto *Meller* (con voto particular de los jueces Nazareno y Boggiano) y sobre todo de la decisión que la Corte Suprema dio en el asunto *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. / Hidroeléctrica Norpatagónica, S.A. o Hidronor, S.A. s/proceso de conocimiento*⁵¹².

ii) Más clara es la situación de Bolivia pues de conformidad con el art. 94 de la Constitución procede el recurso de amparo “toda resolución, acto u omisión indebida de autoridad o funcionario, siempre que no hubiere otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías, así como contra todo acto u omisión indebida de persona o grupo de personas particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y las leyes”. La jurisprudencia boliviana acepta que el recurso de amparo se formule en cualquier momento del procedimiento arbitral, aunque insiste para su admisión en que no exista otro medio para la inmediata protección de los derechos y las ga-

con las ventajas del arbitraje libremente pactado no pueden pretender la revisión judicial (*El Derecho* (Buenos Aires), D 161–514, con nota de J.L. Anaya, “Recursos contra los laudos arbitrales”, *ibid.*, D 161–517.

⁵¹² Dicho fallo dio lugar a un enconado debate doctrinal en Argentina. Vid., entre otras contribuciones: G. Bidart Campos, “El control constitucional y el arbitraje”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 23 de agosto de 2004, pp. 24–26, L.E. Palacios, “Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario”, *El Derecho*, Diario de 17 de agosto de 2004; A. Morello, “El arbitraje en la encrucijada”, *Jurisprudencia Argentina*, 18 de agosto de 2004; A. Gil Domínguez, “El caso ‘Cartellone c/ Hidronor’: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, *La Ley* (Buenos Aires), 23 de agosto de 2004; G. Martín Marchesini, “Arbitraje y Recurso Extraordinario”, *La Ley* (Buenos Aires), Diario del 20 de septiembre de 2004, p. 5; G. González Campaña, “Desnaturalización del arbitraje administrativo”, *La Ley* (Buenos Aires), suplemento de Derecho Administrativo del 27 de agosto de 2004, pp. 8–19; J Bosch, “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje” (a propósito de la sentencia ‘Cartellone c. Hidronor’), *El Derecho*, diario del 24 de octubre de 2004.

rantías. También admite la posibilidad del desistimiento de este recurso cuando se ha interpuesto ante un procedimiento arbitral⁵¹³.

iii) En Chile, la Sentencia del Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 420, 25 de agosto del 2004 se pronunció sobre el Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional, en el sentido de que los artículos relativos a la intervención de los tribunales en el arbitraje y a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, no excluían la posibilidad de que la Corte Suprema ejerciera las atribuciones constitucionales de control directo, correccional y económico sobre los tribunales, así como las acciones que contempla la Constitución en favor de quienes puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales⁵¹⁴.

iv) Por su parte en Colombia la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que, por regla general, que la acción de tutela (acción de garantía constitucional) no procede contra laudos arbitrales, procedimientos adelantados ante tribunales de arbitramento y decisiones judiciales que resuelven el recurso de anulación, con el objeto de preservar la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello, y la procedencia restrictiva de las

⁵¹³ J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje...*, op. cit., n°

⁵¹⁴ De acuerdo con la referida decisión, “siguiendo el principio de buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución, este Tribunal decidirá que los arts. 5° y 34, en cuanto señala en su primera parte “La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”, y en su número 1), son constitucionales en el entendido que dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema según quedó expuesto, así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley”. http://app.vlex.com/#search/jurisdictions:CL+content_type:2+source:3411/Rol+420+/-vid/58942590.

vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros⁵¹⁵. No obstante, ha reservado excepcionalmente el ejercicio de esta acción para los eventos en que con la promulgación del Laudo se incurra en una vía de hecho, es decir, se realice una actuación por fuera de derecho que vulnere de forma directa un derecho fundamental⁵¹⁶.

v) En Costa Rica, el recurso de amparo ha sido utilizado como una vía indirecta para impugnar actuaciones de tribunales arbitrales; sin embargo, esta posición no ha sido acogida por los magistrados constitucionales, que reiteradamente han denegado las acciones. a tal efecto la Sala Constitucional de la CSJ ha deslindado las vías procesales para impugnar las actuaciones de los tribunales arbitrales, determinando que la vía de amparo no puede ser utilizada para pretender el control de actuaciones y resoluciones arbitrales, que tienen una ley especial que contiene los remedios procesales necesarios y constitucionalmente pertinentes para ello; estando restringida la vía de amparo exclusivamente para temas de violación a derechos constitucionales. Más concretamente, la Sala Constitucional ha determinado con precisión que la acción de in-

⁵¹⁵ Sentencia nº SU-174/07. M.P. Manuel José Cepeda.

⁵¹⁶ De acuerdo con la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Colombia de 23 de enero de 2008: "... la acción de tutela procede frente a las decisiones arbitrales de manera excepcional, en los casos, por las causas y sujeta a las mismas condiciones de pertinencia respecto de las providencias adoptadas por los jueces permanentes, siendo menester, una actuación arbitraria, caprichosa o antojadiza, ostensible e incontestable generatriz de una vulneración o amenaza de derechos fundamentales, a cuyo propósito, se reitera la presunción de legitimidad de las decisiones judiciales como quiera que los jueces, de suyo, son garantes genuinos de los derechos, libertades, garantías individuales y del orden jurídico". http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/Derecho/derecho_procesal/providenciaReferenciada/B8C1.pdf. Vid. L. Villegas-Carrasquilla, "La acción de tutela ¿Un nuevo mecanismo de revisión de laudos arbitrales en Colombia? Comentarios a la Sentencia T-920 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana", *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 7, p. 324.

constitucionalidad de normas arbitrales es totalmente improcedente para combatir la eventual nulidad de un laudo⁵¹⁷.

vi) Por su parte, en Ecuador se registra una prohibición constitucional expresa (art. 95) de iniciar “acción de amparo contra las decisiones judiciales adoptadas en un proceso” y esta prohibición acostumbra a extenderse a laudos arbitrales. En cualquier caso no es habitual que una de las partes inicie acción de amparo contra dichos laudos.

vi) Pese a que en México, el juicio de amparo constituye la garantía constitucional por antonomasia y la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano no posee, *prima facie*, una proyección en esta institución⁵¹⁸. Dicho en otros términos, en México no es procedente el procedimiento de amparo contra laudos arbitrales, aun cuando sí puede suscitarse contra decisiones judiciales dictadas en procedimientos arbitrales, la impugnación de laudos o procedimiento de oposición a su ejecución⁵¹⁹.

⁵¹⁷ “... (L) a acción de inconstitucionalidad no es un medio idóneo para tutelar los derechos de los accionantes, ya que lo discutido en este proceso no es la nulidad del laudo, cuyos efectos se pretenden suspender, sino la ejecución del mismo en el proceso de quiebra, toda vez que según el recurso de nulidad contemplado en el art. 65 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, su interposición procede únicamente ante la Sala Primera, no ante el Juzgado Concursal. Así las cosas, en dicho proceso no se encuentra en discusión la correcta aplicación de las normas impugnadas o su posible discrepancia con preceptos constitucionales, ya que no consta la impugnación de dicho laudo según lo dispone la ley. En consecuencia, la acción resulta inadmisibile, por lo que procede su rechazo de plano” (Sentencia CSJ SC de la CSJ n° 2010-018383, de 3 de noviembre del 2010). Y este criterio será confirmado por la Sentencia CSJ n° 2009-14331, de 16 de setiembre del 2009. *Vid.* A. Fernández López, “Algunos criterios...”, *loc. cit.*, pp. 801 ss

⁵¹⁸ F. González De Cossío, *El arbitraje y la judicatura*, México, Porrúa, 2007.

⁵¹⁹ En México, por ejemplo, el amparo incluye un control de constitucionalidad de las leyes y de los actos emanados de las autoridades, así como una función de casación. El control de constitucionalidad se hace en el amparo indirecto en donde el acto reclamado se litiga en primera instancia ante el

vii) En Venezuela, y con carácter general, La Sala Constitucional ha apuntado que las cláusulas arbitrales no necesariamente excluyen al amparo constitucional cuando en el marco de la relación de las partes en litigio aparezcan quebrantos de derechos o garantías constitucionales⁵²⁰. Se trata de una jurisprudencia que ha experimentado ciertas inflexiones. En concreto, la Sala Constitucional había mantenido una línea jurisprudencial según la cual los laudos arbitrales internacionales podían ser impugnados a través de un amparo constitucional⁵²¹. Sin embargo, esta línea fue contrariada a través de un interesante voto salvado de la Presidenta de la Sala⁵²² que motivó una sentencia, de un Tribunal Superior de Ca-

juez de distrito, y en segunda instancia ante el Tribunal de Circuito. El control de casación se hace “directamente” ante el Tribunal de Circuito; de ahí los términos de “amparo indirecto” (o “bi–instancial”) y “amparo directo” (o “uni–instancial”). *Vid.* J. Graham, “La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 4, Thomson, São Paulo, 2004 p. 100.

⁵²⁰ H. Díaz–Candia, “La conciliación y el arbitraje comercial en el contexto de la reciente jurisprudencia...”, *loc. cit.*, pp. 926 ss,

⁵²¹ Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, *Venezolana de Televisión, C.A. / Elettronica Industriale, S.p.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz; Sentencia n° 2.635 del 19 de noviembre de 2004, *Consorcio Barr, C.A. / Four Seasons Caracas, S.A.*, con ponencia de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán; *vid.* comentario de A. De Jesús O., “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el Derecho venezolano”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, p. 63. Cabe recordar que en el caso *Four Seasons*, los tribunales venezolanos admitieron una serie de estos amparos constitucionales contra un arbitraje en Miami que implicaron la aceptación de acciones judiciales en Venezuela en contravención del compromiso arbitral. La Corte Suprema de Venezuela indicó que un laudo arbitral extranjero no puede ser reconocido en Venezuela si existe una acción ante los tribunales locales interpuesta antes de que sea dictado el laudo arbitral.

⁵²² Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional/n° 174, 14 de febrero de 2006, *Corporación Todosabor, C.A. / Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc.*, en *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*.15.2006. Obs. A De Jesús O. – en *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*. 23.2006 y nota A. De Jesús O.; A. De Jesús O. “Court up-

racas, en la cual se declaró la improcedencia *in limine litis* de una solicitud de amparo constitucional bajo el argumento de que el amparo constitucional no es el medio idóneo para impugnar un laudo arbitral internacional. La fundamentación del voto salvado partió del hecho de que existía un recurso específico para la impugnación y que no se podía utilizar un amparo constitucional para desconocer y evitar la aplicación del Derecho del arbitraje de rango legal e internacional.

C) Estudio de la particular experiencia peruana

En Perú el movimiento pendular experimentado en Argentina se practicó en sentido inverso. El amparo contra laudos arbitrales ha merecido un tratamiento legal que refleja las dudas del legislador para habilitar su procedencia (en la legislación procesal constitucional anterior se llegó a prohibir de forma expresa y el Código Procesal Constitucional no señala nada al respecto); y un desarrollo jurisprudencial que, como el propio Tribunal lo señala, “no siempre ha sido el mismo” (fundamento 9 de la sentencia). La doctrina discrepó abiertamente de la puerta abierta por la jurisprudencia constitucional para permitir la interposición de una demanda de amparo contra laudos arbitrales, en tanto generaba inseguridad jurídica sobre lo resuelto a través de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que precisamente buscaba diferenciarse de las vías judiciales ordinarias por su celeridad. Asimismo, numerosas instituciones que promueven el uso del arbitraje también han expresado públicamente sus discrepancias con la tendencia del Tribunal del permitir el amparo contra laudos arbitrales. Por descontado los únicos partidarios a favor de esta línea

holds Right of Review of International Arbitral Award Through Motion of Amparo Constitucional”, *Institute for Transnational Arbitration Monthly Report* (Editors, Roger Alford and Seem Maleh), May 2006, available at <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

jurisprudencial eran quienes veían al amparo como un mecanismo para revertir una decisión arbitral que les había sido desfavorable.

En particular la denominada “jurisdicción arbitral” durante varios años pudo ser encausada desde una perspectiva constitucional en el supuesto de que supusiera una vulneración o una amenaza a cualquiera de los elementos que integran el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que conforman el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás en este país, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva. A partir de semejante planteamiento los tribunales arbitrales no quedan excluidos de la observancia directa todas aquellas garantías que configuran el derecho al debido proceso, y ello porque era una materia que desbordaba ampliamente el ejercicio de un poder sujeto exclusivamente a la esfera privado, sino que formaba parte sustancial de la noción del orden público constitucional.

Sin embargo, esta predisposición favorable ha sido recortada por el Tribunal Constitucional. Ciertamente dicho tribunal había sido objeto de diversas críticas en relación a sus pronunciamientos sobre amparos que pretendían anular los efectos de un laudo, dado que difícilmente se observaba el respeto a la autonomía de la función arbitral⁵²³. En definitiva, que el amparo frente al arbitraje no procede y para cualquier reclamación por la violación de algún derecho constitucional, existe el recurso de anulación, que es la vía idónea para acudir a los tribunales judiciales y no el amparo. Al igual que en otros sistemas jurídicos donde el arbitraje cuenta

⁵²³ Autonomía reconocida expresamente en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167–2005–PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*).

con un considerable desarrollo, el Tribunal Constitucional ha considerado que el arbitraje posee sus propias características, distintas a la denominada jurisdicción ordinaria, y en tanto figura distinta, tiene que ser tratado como tal para que pueda desarrollarse de manera plena y en armonía con las demás instituciones jurídicas. En definitiva, que el amparo frente al arbitraje no procede y para cualquier reclamo por la violación de algún derecho constitucional, existe el recurso de anulación, que es la vía idónea para acudir a los tribunales judiciales y no el amparo.

A mayor abundamiento debe hacerse referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de septiembre de 2011 (*Soc. Minera de Responsabilidad Ltda.*). El Tribunal Constitucional peruano resolvió restringir el uso de la acción de amparo para cuestionar las sentencias o laudos arbitrales, el procedimiento extrajudicial para resolución de conflictos entre sociedades comerciales. La masiva presentación de amparos contra los laudos arbitrales estaba poniendo al borde de la inoperatividad el sistema de arbitraje, pues las partes siempre terminaban acudiendo a la vía constitucional cuando la sentencia no les gustaba. Así, se estableció que no procederá el amparo cuando se hayan planteado recursos de apelación o anulación de laudo arbitral en el ámbito judicial, pues es una vía igualmente idónea para la protección de derechos constitucionales. La decisión judicial dará por agotado el procedimiento. Igualmente, establece que solo podrá ejercerse el control difuso sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto del derecho de alguna de las partes. Todos los casos que no se ajusten a lo previsto en lo resuelto por el TC deberán ser declarados improcedentes en el estado en que se encuentren⁵²⁴

⁵²⁴ De acuerdo con su Fundamento 18: "...en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afecta-

D) Balance del debate

Como puede observarse la opinión favorable a la admisión del recurso de amparo en la materia que nos ocupa no puede generalizarse y el precedente peruano al que acabamos de referirnos junto a la reciente jurisprudencia venezolana⁵²⁵ muestran bien a las claras que existe una importante corriente de opinión que considera

ción de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del CPCons”. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf>

⁵²⁵ Por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2008 (Expediente No. 08-0763) rechazando la introducción de amparos constitucionales para pretender suspender la ejecución de un laudo arbitral. Señaló, asimismo, como “errónea la sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el art. 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Con posterioridad misma Sala Constitucional a través de su decisión del 20 de mayo de 2010 (caso: *Gustavo Yélamo c. Drillmar Energy*), estableció que el recurso de nulidad (consagrado en el art. 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje Comercial) es el mecanismo idóneo para impugnar violaciones a derechos procesales constitucionales acarreadas por laudos arbitrales. Aunque deja la puerta abierta para ejercer acciones de amparo contra laudos arbitrales, el referido fallo representa un avance con respecto a la concepción de los medios procesales para impugnar actuaciones arbitrales. Asimismo esta última decisión sugiere que la inadmisibilidad de acciones de amparos contra laudos arbitrales debe ser analizada teniendo en cuenta que el recurso de nulidad brinda una protección razonable a los derechos procesales constitucionales de las partes. A tenor del artículo 6.5 artículo de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, un recurso de amparo será inadmisibles en el supuesto de que los argumentos utilizados puedan subsumirse en alguna de las causales previstas en el art. 43 de la Ley de Arbitraje Comercial para el recurso de nulidad contra laudos arbitrales.

que el amparo constitucional no es el medio idóneo para impugnar un laudo arbitral y no hace otra cosa que apuntar una hostilidad frente al arbitraje inaceptable. Sería deseable que en el futuro que, desde la perspectiva comparada latinoamericana, tanto la Corte Constitucional de Colombia como el Tribunal Constitucional del Perú cerrasen las puertas a una institución innecesaria cuya única función perceptible es demostrar su hostilidad frente al arbitraje. Igualmente cabe esperar que la Sala Constitucional venezolana se posicione con las posiciones de su Presidenta y de los tribunales superiores, especialmente por ser un tema que ridiculiza a las jurisdicciones latinoamericanas ante la evolución del Derecho del arbitraje comercial internacional. Mientras las tendencias modernas de los países desarrollados favorecen la eliminación del recurso de nulidad⁵²⁶ o la limitación de los efectos de la sentencia de anulación⁵²⁷, los jueces constitucionales latinoamericanos insisten en crear nuevas vías de impugnación de los laudos arbitrales.

⁵²⁶ Por ejemplo, en Suiza y en Bélgica se permite, bajo ciertas condiciones, la renuncia anticipada al recurso de nulidad del laudo arbitral internacional. Vid. J.F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, Bruxelles / París / Genève, 2002, p. 826, n° 838; J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, p. 683–684, n°s 25–68, 25–70.

⁵²⁷ Por ejemplo, los tribunales franceses (casos *Hilmarton* y *Putrabali*) han reconocido y ejecutado laudos arbitrales internacionales que habían sido anulados por las jurisdicciones de la sede del arbitraje. En los EE UU el criterio del caso *Chromalloy*, en el que se reconoció y ejecutó un laudo arbitral internacional anulado en la sede, fue revertida recientemente en el caso *Ter-morio*. Sobre la cuestión en general, vid. Ph. Fouchard, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, *Rev. arb.*, n° 3, 1997, p. 329; *id.*, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, *Écrits, op. cit.*, p. 457; E. Gaillard, “Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, 2007, p. 1163; J.B. Racine, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, n° 2, 2005, p. 305; Th. Clay, “La importancia de la sede...”, *loc. cit.*, p. 194. – Th. Clay, “Le siège de l’arbitrage international...”, *loc. cit.*; *id.*, “La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa”, *inédito*; Th. Clay,

Además, resulta un contrasentido que frente a las tendencias modernas de los países con acreditada tradición arbitral favorecedoras de la eliminación del propio recurso de nulidad (Francia, Suiza.) o la limitación de los efectos de la sentencia de anulación, las jurisdicciones constitucionales porfíen en establecer nuevos cauces de impugnación de los laudos arbitrales.

Como ha puesto de relieve A. de Jesús “técnicamente hablando, no existen “laudos arbitrales inconstitucionales”, sino “laudos arbitrales contrarios al orden público” siendo la noción de orden público es uno de los puntos de contacto entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la *lex mercatoria* que configuran las relaciones de relevancia entre estos órdenes jurídicos autónomos⁵²⁸.

2. Configuración en el Derecho panameño

A) Alcance de la acción de amparo

La Constitución de 1941 introdujo, sin duda con el concurso fundamental del jurista José Dolores Moscote⁵²⁹, la institución del amparo en Panamá, con la denominación de recurso de amparo de garantías constitucionales. Desde entonces constituye un instrumento esencial del nuestro sistema de garantías constitucionales en Panamá⁵³⁰. La Constitución Nacional en el art. 54 de manera precisa señalaba que cualquier persona contra la cual se ha emitido una orden violatoria de los derechos y garantías contenidos en

note sous Cass. 1^{re} civ, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia / Sté Rena Holding*, *Journ. dr. int.*, 2007, p. 1236.

⁵²⁸ A. De Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización...”, *loc. cit.*, p. 71.

⁵²⁹ A. Muñoz Pinzón, “En torno al origen del amparo de garantías constitucionales en Panamá”, *Anuario de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, n° 20, 1992, pp. 187–191.

⁵³⁰ S. Sánchez G., “El amparo en Panamá”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 27, 2011, pp. 216–234.

la misma, por un servidor público, tiene derecho a que la misma sea revocada, mediante procedimiento sumario, presentado ante los tribunales de judiciales.

Esta norma se complementa con el art. 2615 del Código Judicial, donde se establece el objeto de la acción y se indican las reglas para el ejercicio de la misma contra las resoluciones judiciales, así:

“Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

La acción de Amparo de Garantías Constitucionales a que se refiere este artículo, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.”

El amparo puede interponerse contra toda clase de actos que vulneren o lesionen derechos humanos o garantías constitucionales reconocidas en la Constitución Política o los tratados de derechos humanos ratificados por la República de Panamá, lo cual es una expansión significativa de los derechos que pueden defenderse a través de esta institución de garantías

El amparo se configura en Panamá como un procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendientes a lograr el restablecimiento de los mismos de manera efectiva e inmediata⁵³¹. Y los requisitos de procedibilidad

⁵³¹ Como pusiera de relieve la Resolución CSJ 27 de abril de 2009 (Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá). “Con el sano propósito de garantizar la observancia, lealtad, integridad y respeto a esos derechos fundamentales; el sistema constitucional ha configurado una serie de remedios para brindar seguridad a los mismos, y con ella apuntalar el carácter de norma suprema del Estado. Dentro de esas herramientas de tutela constitucional se encuentra la acción de amparo, instrumento del que dispone la persona sometida a la jurisdicción del

deben emplearse con prudencia y accesibilidad, porque lo contrario supondría coartar el derecho a la tutela. Como expresa la Corte Suprema de Justicia

“La doctrina nos enseña que el amparo es un ‘Procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendientes a lograr el restablecimiento de los mismos de manera efectiva e inmediata’ (García Ruiz, Luis. *El Recurso de Amparo en el Derecho Español*, Editora Nacional, Torregalindo, Madrid, p. 20).

El amparo constituye una figura garante de derechos fundamentales y de defensa de la jerarquía de la Constitución. Esta cualidad indica que los requisitos de procedibilidad, lejos de proyectarse como rigurosos e inflexibles, deben manejarse con prudencia y accesibilidad, porque lo contrario supondría coartar el derecho a la tutela y desconocer, por meros formalismos, la función de asegurar la supremacía de los preceptos constitucionales que consagran garantías fundamentales”⁵³².

Las acciones de amparo buscan proteger a las personas de aquellos actos dictados en contravención con la Constitución cuando cumplan con requisitos previamente establecidos en la ley. Tal es el caso del n° 2 del art. 2.615 del Código Judicial, que a la letra dice: “La acción de amparo de garantías constitucionales podrá interponerse, con sujeción a las siguientes reglas: “. 2. Sólo procederá la acción de amparo cuando se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución”. Al respecto, la Corte Suprema como Corporación que administra justicia, ha dicho:

“... el presupuesto procesal para la admisión de estas acciones es el agotamiento de ‘los trámites de ley y de los medios de impugnación’ debi-

Estado panameño para reclamar el reconocimiento, reintegro, satisfacción de muy típicos derechos fundamentales, cumpliendo, coma instrumento de .tutela, con la función de irradiar al sistema jurídico de los conceptos, valores y principios que abriga el texto constitucional, la que permite distinguir al sistema constitucional panameño par su sólida vocación garantista”.

⁵³² Resolución de 13 de marzo de 2002, que resolvió amparo de garantías Constitucionales promovido por Del Monte Fresh Produce International Inc. contra el laudo arbitral del 24 de febrero de 2001.

damente comprobado con la prueba documental idónea, y no basta alegar el uso de los medios de impugnación pertinentes, pues el no corroborar el uso de esas etapas procesales obligatorias, de su sustentación y consecuente decisión, impide de manera obligante entrar a la revisión del supuesto quebrantamiento de la normativa de la Ley Suprema, por parte de la autoridad judicial competente”⁵³³.

El cumplimiento de los requisitos formales del amparo debe ser proporcional al acontecimiento de presupuestos evidentes y excepcionales como: a) la gravedad de los cargos expuestos por el actor; b) la flagrante violación de garantías fundamentales; c) el propósito de evitar la indefensión de la parte que alega el derecho y, d) la necesidad de obtener una respuesta judicial expedita, inmediata y eficaz. La esencia de este ejercicio jurídico no se dirige hacia la interpretación de que se deben obviar las exigencias que condicionan la admisibilidad del amparo, sino de flexibilizarlas cuando sea evidente y necesario el reconocimiento jurisdiccional del derecho frente a un acto lesivo de garantías fundamentales, lo que indudablemente evitaría restringir el ámbito de protección del amparo y aliviaría el temor fundado de colocarlo en una institución inoperante. Y, por descontado, el agotamiento de los recursos jurisdiccionales también es un requisito indispensable. La CSJ ha afirmado al respecto que “reiterada es la jurisprudencia de este nivel jurisdiccional y de nuestra más alta Corporación de Justicia en el sentido de que el amparista debe probar que ha agotado los recursos ordinarios y en el sentido de que en la demanda de amparo la prueba es preconstituida”⁵³⁴.

A este respecto, el art. 2.611 del Código Judicial preceptúa que el Tribunal a quien se dirija la demanda de amparo de garantías constitucionales debe examinarla para comprobar si reúne los requisitos comunes a todas las demandas y los indicados en el art.

⁵³³ Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por Jephtha Duncan contra el Juez Segundo de Circuito Civil, 4 de febrero de 2000.

⁵³⁴ Amparo de Garantías Constitucionales, Tricom Panamá, S.A., contra el Juez Séptimo de Circuito Civil, 8 de julio de 2002.

2.610 del mismo Código, y además para determinar si no es “manifiestamente improcedente”. Estos requisitos son los siguientes: a) que se interponga contra órdenes de hacer a no hacer; b) que por la gravedad e inminencia del daño que representan estas órdenes se requiera una revocación inmediata; c) que la revocatoria de estas órdenes no pueda obtenerse por otra vía, porque no existen otros medios de impugnación, a porque estos se han agotada; y d) que tratándose de resoluciones judiciales la acción se interponga con sujeción a las reglas establecidas en los ordinales 1, 2 y 3 del art. 2.606 del Código Judicial.

Estos planteamientos incorporan una serie de mecanismos protectores que se hallan presentes en las eventuales las acciones de amparo que se han presentado en procesos de arbitraje desarrollados en Panamá.

De conformidad con la Corte Suprema de Justicia de Panamá:

“El contenido esencial del debido proceso, por lo tanto, se integra con los derechos a obtener la tutela jurisdiccional, de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido en la ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, utilizar los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos. Forma también parte del núcleo de la garantía que ocupa al Pleno el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales, es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión”⁵³⁵

⁵³⁵ Amparo de Garantías Constitucionales interpuesto por el licenciado Carlos E. Carrillo G. en representación de Jacobo Palis, contra la orden de hacer contenida en la resolución DRP-425-98 de 10 de octubre de 1998, dictada por la Dirección de Responsabilidad Patrimonial. Magistrado ponente: R.A. Fàbrega Z. Panamá, 20 de enero de 1999.

En un fallo posterior de 4 de abril de 2003 la Corte Suprema de Justicia señaló que no cabe confundir la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso, la cual es ajena y distinta al principio de acceso a los tribunales de justicia, por lo que no cabría confundir esta última garantía, que hace relación a una etapa anterior al proceso, con el derecho al debido proceso, referida exclusivamente a la etapa procesal.

Apunta la Corte que la tutela judicial efectiva, en su faceta de acceso a la justicia, en cuanto a principio integrante del ordenamiento patrio, hay que fundarla en las normas constitucionales sobre gratuidad de la justicia —que proclama el art. 198 y que reitera el Código Judicial en su art. 1º— y patrocinio legal gratuito (art. 214), pero sobre todo en el art. 4 de la Constitución que obliga a los jueces a acatar las normas de Derecho internacional, dentro de las cuales se cuentan una serie de instrumentos de carácter internacional ratificados por la República, a lo cuales ya nos hemos referido, que recogen el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, el acceso a la justicia.

Por último, la acción de amparo, dentro del ámbito jurisdiccional doméstico, se establece como un remedio procesal autónomo, diferido y caracterizado por su subsidiaridad. En efecto, para poder acceder a esa garantía, primero debe acudirse con carácter previo a los jueces ordinarios y sólo cuando se ha buscado la tutela ante éstos, invocando efectivamente los derechos violados y cuando dicha búsqueda ha resultado insatisfactoria, puede acudirse ante la SCJ en amparo. Como afirmase la propia Corte

“Ello es así, pues el arquetipo en el que descansa la jurisdicción constitucional endosa a los servidores públicos, en razón de la vinculación directa de éstos con la constitución, la tarea de asegurar la plena observancia de la norma fundamental, de declarar incluso el contenido objetivo de aquella en cada una de sus actuaciones, de forma tal que cualquier acto que injurie el contenido constitucional y de los derechos fundamentales pueda ser redimido en instancias ordinarias.

De esa forma, sólo cuando se ha invocado el auxilio ante instancias estatales definidas para obtener la protección de derechos y aquel no ha sido suministrado, o siéndolo ha sido insuficiente, entonces se puede acudir a la sede constitucional a través de la acción de amparo”⁵³⁶.

B) Contradicción del recurso de amparo con los postulados del arbitraje

Antes de plantearnos la cuestión de si están permitidos los amparos de garantías constitucionales en los procesos arbitrales, debe hacerse referencia al art. 19 del Decreto Ley 5, que separa tajantemente el proceso arbitral de la intervención de la jurisdicción ordinaria.

“El procedimiento arbitral atenderá a la igualdad de las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos. Las actuaciones arbitrales estarán presididas por los principios de contradicción, impulso de oficio, leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso.

La mera inactividad o rebeldía de alguna de ellas, o las actuaciones judiciales, en su caso, acerca de la validez del convenio o de la incompetencia del tribunal arbitral o cualquier otra actuación relacionada con la controversia objeto de arbitraje, no impedirá el seguimiento de las actuaciones arbitrales hasta dictar el laudo.

En ningún casos podrán las partes interponer incidentes ante los tribunales ordinarios durante el curso del proceso arbitral”

Con ello se refuerza la privatización de la justicia con el objetivo esencial de evitar acciones dilatorias, lo cual es extensivo a la tendencia de los usuarios de la justicia de interponer acciones de amparo de garantías constitucionales en procesos arbitrales. No en vano las partes en conflicto optan por excluir del alcance de la jurisdicción oficial del Estado la solución del conflicto que los enfrenta, llevándolo a conocimiento de particulares que actúan a través del tribunal arbitral. Debe recordarse que las garantías constitucionales por su propia naturaleza constituyen, en la generalidad

⁵³⁶ STSJ, Pleno, 3 de abril de 2009 M.P. Victor Benavides.

de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares.

El presupuesto procesal para la admisión de la acción de amparo es el agotamiento de “los trámites de ley y de los medios de impugnación” debidamente comprobado con la prueba documental idónea⁵³⁷.

Con carácter general puede afirmarse, siguiendo a D.A. Castañedas López, que el amparo constituye una figura garante de derechos fundamentales y de defensa de la jerarquía de la Constitución. Precisamente esta cualidad indica, según la ilustre abogada panameña, que los requisitos de procedibilidad, lejos de proyectarse como rigurosos e inflexibles, deben manejarse con prudencia y accesibilidad, porque lo contrario supondría coartar el derecho a la tutela y desconocer, por meros formalismos, la función de asegurar la supremacía de los preceptos constitucionales que consagran garantías fundamentales. No puede olvidarse que nos hallamos ante un procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendientes a lograr el restablecimiento de los mismos de manera efectiva e inmediata⁵³⁸.

En principio, al no pertenecer los árbitros al poder público, sus actos no son susceptibles de ser revisados por el amparo constitucional. No olvidemos que los árbitros son particulares nombrados por las partes para que decidan sobre la suerte de sus derechos,

⁵³⁷ No es suficiente “alegar el uso de los medios de impugnación pertinentes, pues el no corroborar el uso de esas etapas procesales obligatorias, de su sustentación y consecuente decisión, impide de manera obligante entrar a la revisión del supuesto quebrantamiento de la normativa de la Ley Suprema, por parte de la autoridad judicial competente” (Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por Jephtha Duncan contra el Juez Segundo de Circuito Civil, 4 de febrero de 2000).

⁵³⁸ D.A. Castañedas López, “La acción de amparo de garantías constitucionales en el arbitraje”, <http://www.cescon.org/LA%20ACCION%20DE%20AMPARO%20DE%20AMPARO%20DE%20GARANTIA.pdf>.

por lo tanto, son terceros privados que no pertenecen al poder público estatal, no son autoridades judiciales, sino, jueces privados que revisten de una jurisdicción arbitral de forma temporal, su juicio cae sobre derechos disponibles que solo afectan a las partes. El amparo procede contra los órganos estatales, esto es, contra toda autoridad estatal responsable por los actos realizados, los cuales hayan ocasionado una vulneración a las garantías constitucionales de las partes. Por último, cabe resaltar un elemento característico de toda autoridad estatal del cual carece el tribunal arbitral: *imperium*. Además, estando ya prevista la existencia del recurso de anulación destinado a verificar la validez de un arbitraje, no resulta de recibo, *prima facie*, una vía judicial paralela —la acción de amparo— para cuestionar un laudo por las mismas razones.

A partir de aquí la presencia del recurso de amparo frente a las actuaciones de los árbitros es una cuestión muy controvertida y separa a los sistemas de una manera radical cuando la cuestión no está resuelta (en España el Tribunal Constitucional optó por la solución salomónica de considerar al arbitraje como un “equivalente jurisdiccional” para excluirlo del ámbito del recurso de amparo). La cuestión se complica, además cuando las acciones de amparo se presentan: a) antes de constituirse el tribunal arbitral, esto es contra el ente administrativo de algún centro; d) durante el proceso arbitral o contra el tribunal arbitral o sus miembros y c) contra el laudo arbitral.

Las situaciones descritas obligan a reflexionar sobre la naturaleza del amparo de garantías constitucionales y sobre los efectos que este provoca en un proceso arbitral. Sin pretender imponer un criterio, ni mucho menos defender una u otra posición, el principal interés es plantear el problema, frente a los inconvenientes que se presentan en procesos arbitrales nacionales o internacionales, proponer soluciones, con el objetivo final, que es el de proteger la institución del arbitraje.

La privatización de la justicia⁵³⁹, que nace con un acuerdo de las partes, ya sea en un convenio, acuerdo que se celebra para someter las controversias a un ente privado, para luego recurrir a la esfera jurisdiccional con el objetivo final de ejecutar el laudo. Así el art. 19 del Decreto Ley nº 5 confirma esta posición, al separar el proceso arbitral de eventuales intervenciones que pudiera ejercer la jurisdicción ordinaria. De conformidad con este precepto

“El procedimiento arbitral atenderá a la igualdad de las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos. Las actuaciones arbitrales estarán presididas por los principios de contradicción, impulso de oficio, leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso.

La mera inactividad o rebeldía de alguna de ellas, o las actuaciones judiciales, en su caso, acerca de la validez del convenio o de la incompetencia del tribunal arbitral o cualquier otra actuación relacionada con la controversia objeto de arbitraje, no impedirá el seguimiento de las actuaciones arbitrales hasta dictar el laudo.

En ningún casos podrán las partes interponer incidentes ante los tribunales ordinarios durante el curso del proceso arbitral.”

Precisamente, uno de los objetivos de la privatización de la justicia, es evitar acciones dilatorias. Frente a ello en los últimos años, ha proliferado la tendencia de los usuarios de la justicia de interponer acciones de amparo de garantías constitucionales en procesos arbitrales y esta tendencia no es exclusiva para buscar la afectación del laudo únicamente, sino también, para suspender actos meramente administrativo, como lo son la fijación de honorarios y gastos de un proceso.

C) Caracterización del árbitro como “servidor público”

El recurso de amparo de garantías constitucionales protege a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución “por cualquier ser-

⁵³⁹ M. Lozano-Higuero Pinto, “Cambio social, socialización y privatización de la justicia”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1988, pp. 565–580.

vidor público”. Dicho recurso, de acuerdo con el art. 54.2º de la Constitución, “se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales”. En consecuencia, el laudo arbitral, como acto que no emana de ningún poder público, no puede ser objeto de impugnación directa mediante amparo. A partir de aquí puede considerarse que el árbitro es un “servidor público” en el sentido del recurso de amparo porque el árbitro de ninguna manera dicta, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley. Determina cual es la ley entre las partes, pero no la ejecuta, pues no cuenta con el *imperium*⁵⁴⁰. Únicamente cuando la vulneración de los derechos y libertades fundamentales sean atribuibles al órgano jurisdiccional que conoció de la acción de nulidad contra el laudo, será procedente el recurso.

Es cierto, que en Panamá, como en otros países latinoamericanos (Colombia, Honduras, Guatemala, México, y Venezuela) es factible impugnar una sentencia judicial por vía de amparo constitucional si se considera que ésta vi a la eventualidad ola o atenta contra un Derecho constitucional. Semejante posición ha conducido a cierto sector de la doctrina a considerar que de la misma forma en que una sentencia judicial puede ser impugnada a través de un amparo constitucional, también lo puede ser un laudo arbitral. No en vano, la sentencia judicial y el laudo arbitral tendrían en común, de aceptarse las tesis jurisdiccionalistas, el hecho de ser decisiones jurisdiccionales. Ello contradice, además, a la legislación panameña que prevé un único recurso contra los laudos arbitrales el recurso de nulidad o anulación.

En el sistema panameño la llamada “legitimación pasiva” recae exclusivamente en la persona del funcionario público que dic-

⁵⁴⁰ En la doctrina mexicana *vid.* F. González de Cossío, “El árbitro, ¿Autoridad responsable para el juicio de amparo?”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, p. 605.

tó o expidió la orden y no en persona distinta”. A ello responde la Resolución CSJ 27 de abril de 2009⁵⁴¹:

En ese sentido, la configuración constitucional de la acción de amparo, como instrumento a través del cual se da seguridad a las derechos fundamentales, se encuentra asociada al cumplimiento de un protocolo especial, a la satisfacción de ciertos presupuestos; lo que insistimos, han sido establecidos por el constituyente y ulteriormente desarrollados por el legislador.

Ahora bien, en ambos casos se promueve la acción de garantía constitucional contra actos originados en un Tribunal arbitral constituida conforme lo dispuesto en el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, es decir un arbitraje de naturaleza comercial a privada. Por tanto, para desatar el nudo guardián que proponen las acciones presentas, hace falta establecer, en primer lugar, si los particulares que ejercen como árbitros pueden ser catalogados como servidores públicos y, además, si son capaces de patrocinar a expedir actos que puedan acoplarse al concepto y presupuestos que, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, han sido concebidos como “órdenes de hacer a no hacer”.

En primer lugar, la fuente normativa primaria del Estado Panameño, la Constitución Nacional, se ha ocupada de suministrar un concepto original respecto la figura del servidor público. Así las cosas, en el art. 299 de la Constitución se establece que: “son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado”.

Este concepto, ha sido emulado por el legislador en la ley de carrera administrativa (Ley No. 9 de 20 de Junio de 1994 G.O. 22562 de 21 de junio de 1994), aunque en esta oportunidad los clasifica en servidores públicos de carrera y servidores públicos que adolecen de esa condición.

Art. 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

Servidor Público: Es la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado.

De lo anterior, puede desglosarse primariamente que el constituyente considera que una persona adquiere la condición de servidor público cuando ha sido nombrada para ocupar un cargo permanente a transitorio

⁵⁴¹ Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

dentro de la administración pública o cuando en cualquier forma se recibe algún estipendio originado en el erario Nacional a Municipal.

En suma para la Corte Suprema de Justicia “servidor público” es el que ha sido nombrado par aun cargo en los entes estatales que menciona la norma y que, además, percibe un ingreso del Estado; de lo que resulta evidente que el Secretario Ejecutivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio no es un servidor público, toda vez que ese centro no es una entidad del Estado. Ello se refrenda en el fallo de 8 de agosto de 1997, pronunciado para resolver la acción de amparo propuesta por la Sociedad Educación Avanzada, S.A., en que se señaló que la condición de servidor público es uno de los presupuestos fundamentales para que prospere la acción de amparo, ya que nuestro ordenamiento no contempla este remedio constitucional para impugnar actos emitidos por entidades privadas.

D) Caracterización de “servidor público” del secretario de una institución de arbitraje

Teniendo en cuenta que el en art. 54 de la Constitución nacional la acción de amparo se configura como un remedio que se puede invocar por parte de cualquier persona contra cualquier acto de un servidor público que engendre un riesgo u ofensa a derechos fundamentales o humanos la Corte ha mantenido el concepto que las personas que integran las corporaciones dedicadas a la administración de tribunales arbitrales no están dentro de la noción de “servicio público”. En este caso no se está atacando la decisión de un árbitro sino la del Secretario de un Centro de Arbitraje, pero aun en este último caso tampoco sería aceptable la calidad de funcionario público de los mismos, porque la inclusión que de ellos que hace el Código Judicial en su art. 3, se refiere a personas particulares que “participan” en las funciones jurisdiccionales. Por tanto, aunque ejerzan funciones jurisdiccionales, lo hacen en calidad de particulares y ello no significa que forman parte del órgano Ju-

dicial, pues no son nombrados como integrantes de ese órgano ni reciben remuneración del Estado. Este razonamiento cuenta con el apoyo del párrafo 2º del referido texto legal, donde se reconoce que la administración de justicia, en casos especiales, será ejercida, entre otros por arbitradores o árbitros, participando los mismos “en las funciones jurisdiccionales, sin que ello incluya a tales personas como parte del Órgano Judicial”. En esta dirección la Corte ha afirmado con rotundidad que

“.... lo que enerva la posibilidad de hacer uso de la acción de amparo de derechos fundamentales contra cualquier gestión de éstos, pues queda en evidencia que no desempeñan ninguna función pública dentro de algún Poder Público o brazo de la administración, ni mucho menos son remunerados con fondos públicos, sin soslayar que ni siquiera ingresan al circuito del Tribunal Arbitral⁵⁴².”

En este marco conceptual debe situarse en asunto *HEBE Corporation, S.A.* contemplado en 2011 por el Pleno de la CSJ.

3. Carácter contradictorio de la jurisprudencia panameña

Corresponde ahora hacer referencia a los casos en que se promovieron, acciones contra laudos arbitrales, tanto de procesos administrados, como de procesos arbitrales laborales. En los casos bajo estudio, se plantearon otros elementos distintos al requerimiento del agotamiento de los recursos ordinarios y es de entenderse, ya que contra los laudos arbitrales sólo podrá interponerse recurso nulidad, conforme lo establece el art. 34 del Decreto Ley 5 de 1999. Los fallos incluyen valiosa reflexiones, sobre la esencia de la acción de amparo y se adelantaron importantes consideraciones respecto al trámite de admisibilidad de los mismos e indi-

⁵⁴² Sentencias de 17 de febrero de 2002 (M.P. César Pereira Burgos), 3 de abril de 2009 y 11 de diciembre de 2009 (M.P. Víctor Benavides), 28 de marzo de 2003 (M.P. José Andrés Troyano), 28 de marzo de 2005 (M.P. Winston Spadafora Franco) y 3 de febrero de 2004 (M.P. Alberto Cigarruista Cortéz). *Vid.*, asimismo, Sentencia CSJ, Pleno, de 20 de enero de 2011 (*HEBE Corporation, S.A. contra Innovaciones de Vidrio, S.A.*).

caron que el presupuesto básico para la admisión de la iniciativa constitucional y el consecuente estudio de la pretensión y eventual reconocimiento de un derecho, descansa en el cumplimiento satisfactorio de los requerimientos que para tales efectos exige la Constitución, pero sin concebirla como una institución extremadamente formalista. En todo caso y como regla general debe adelantarse que en principio no es viable la acción de anulación contra los laudos arbitrales pues la ley prevé un mecanismo de censura que brinda, precisamente, la respuesta jurisdiccional requerida por la actora, cual es el recurso de anulación contemplado en el referido art. 34 del Decreto Ley n°5 de 8 de julio de 1999⁵⁴³.

La inexistencia de una posición clara en la materia es motivo de serias preocupaciones en los círculos arbitrales panameños como demuestra la carta enviada en 1 de julio de 2011 al Secretario Ejecutivo del Consejo de la Concertación Nacional por el Dr. U. Pitti en el sentido de que ello acabaría con la institución arbitral, y los negocios ventilados en Panamá, que hoy alcanzan cifras millonarias; por lo que, Costa Rica o Colombia, atraerían a sus foros, todos éstos conflictos. Estos últimos países tendrían con ello la oportunidad de alcanzar el turismo arbitral, que genera divisas en el manejo de los conflictos privados.

El especialista panameño propone con total razón que el único cambio, que sobre la materia procede hacer, es el de agregar un párrafo al texto del art. 202 de la Carta Magna, dado que se vienen admitiendo, por la falta de un adecuado desarrollo de la cultura arbitral, amparo de garantías constitucionales, olvidándose que contra los laudos procede el recurso de anulación; por lo que solicito, “cortesía de sala”, a fin de explicar, la pertinencia de la competencia arbitral y la necesaria inclusión del siguiente párrafo:

⁵⁴³ Resolución de 13 de marzo de 2002, que resolvió amparo de garantías Constitucionales promovido por Del Monte Fresh Produce International Inc. contra el laudo arbitral del 24 de febrero de 2001.

“contra las decisiones o fallos arbitrales, no cabe el recurso amparo de garantías constitucionales”⁵⁴⁴.

Este carácter diletante se recoge en la propia doctrina de la Corte Suprema de Justicia cuando reconoce que

“En el caso que ahora ocupa a la Corte, se advierte que la inadmisibilidad del amparo no sobreviene por el hecho de que la autoridad demandada es un tribunal arbitral y que los árbitros no poseen la calidad de servidor público, ya que se trata de un asunto muy debatido tanto en el plano nacional como en la doctrina.

Así por ejemplo, existen sectores que proponen negarle el carácter jurisdiccional al arbitraje, con la idea de que las facultades de los árbitros provienen de un acuerdo estrictamente privado entre las partes; sin embargo, otros afirman que los árbitros son jueces que ejercitan la actividad jurisdiccional del estado, mientras dure el desempeño de sus funciones (Cf. Salgar Benetti, Julio, *El Arbitraje en el Derecho colombiano*; Editorial Temis S.A., Bogotá, 1994, pp.10–12). Dayra Argelis Castañedas López *Acción de Amparo de Garantías Constitucionales en el Arbitraje*. En nuestra jurisprudencia también se pueden consultar posiciones encontradas sobre la materia. Así, en sentencia de 8 de febrero de 1994, la Corte sostuvo que “los árbitros son servidores públicos mientras se encuentran ejerciendo la función jurisdiccional que la ley les encomienda” (Sentencia del Pleno de la Corte de 8 de febrero de 1994, publicada en el Registro Judicial de febrero de 1994, p44), mientras que en sentencia de 10 de julio de 1998, el Pleno manifestó que no es “aceptable la calidad de funcionario público, porque la inclusión que de ellos que hace (sic) el Código Judicial en su art. 3, es como de personas particulares que ‘participan’ en las funciones jurisdiccionales”⁵⁴⁵.

Si se estudia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se pone de manifiesto que, en un gran número de casos (bien es verdad que algunos de ellos en materia laboral), el Pleno ha tenido la oportunidad para pronunciarse en relación a la eficacia de los instrumentos de tutela constitucional para vigilar las actuaciones, y particularmente, las decisiones de un Tribunal Arbitral.

⁵⁴⁴ http://www.concertacion.org.pa/pdf_doc/propuestas/45_Ulises-Pitti.pdf.

⁵⁴⁵ Sentencia del Pleno de la Corte de 10 de julio de 1998, publicada en el Registro Judicial de julio de 1998, pp.15–16.

En primer lugar, en fallo de 12 de enero de 1978 (M.P. Julia Lombardo) la CSJ concedió amparo de garantías constitucionales contra un laudo arbitral dictado dentro de un conflicto laboral, no sin antes argumentar que, dentro del arbitraje laboral, el art. 467 del Código de Trabajo (vigente en ese momento) establece que los miembros de este tipo de tribunales arbitrales comparten los mismos derechos, privilegios e inmunidades que los Magistrados de los Tribunales superiores de Trabajo”⁵⁴⁶.

Sin embargo, con posterioridad, en sentencia de 16 de enero de 1987, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

“...el arbitramento es un acuerdo por medio del cual las partes se obligan a someter la solución de los conflictos que surjan entre ellos, respectos a un caso determinado, a la decisión de árbitros que son particulares designados pro ellos en la forma regulada por la Ley. Tal sistema puede ser anterior al inicio del juicio o posterior a este momento o durante su desenvolvimiento. En el primer caso tiende a evitar el juicio, en el segundo a terminarlo. Pero en uno u otro supuesto se trata de resolver conflictos que son materia de un juicio, negando al juez competente para conocer del proceso, la facultad de aplicar su jurisdicción en este caso concreto.

Entendiendo así el arbitramento es evidente que el árbitro asume la función de juez y su decisión tiene el mismo valor que la sentencia jurisdiccional; pero no es un órgano público que juzga en nombre del Estado un conflicto o divergencia que escapa del control de la constitucional atribuida a la Corte Suprema de Justicia, ya que esta Corporación únicamente está facultada constitucionalmente para ejercerla respecto los actos públicos realizados por autoridades o servidores públicos⁵⁴⁷.

No obstante a ello, a través de fallo de 8 de febrero de 1994, bajo la ponencia de la Magistrada Aura Guerra de Villalaz, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia admitió la posibilidad de revisar en sede constitucional un laudo arbitral dictado dentro de un conflicto de trabajo, habida cuenta la naturaleza misma de las relaciones jurídicas que son discutidas al resolver el conflicto (conflictos colectivos de trabajo).

⁵⁴⁶ Registro Judicial enero-diciembre de 1978, pp. 9–22. Este criterio fue secundado en fallo de 3 de septiembre de 1982.

⁵⁴⁷ Registro Judicial, enero de 1987 pp. 7–14.

“... el Pleno considera necesario determinar si los laudos arbitrales que resuelven conflictos laborales son susceptibles de ser revisados a través de la vía de la constitucionalidad, tanto por la naturaleza de los árbitros, como por la materia que se resuelven los laudos arbitrales es definitivo y de obligatorio cumplimiento...”

En definitiva la Corte considera que contra un laudo arbitral que viole normas constitucionales, procede indistintamente amparo de garantías constitucionales o acción de inconstitucionalidad, con independencia de que la ley laboral establezca causales de nulidad como medio de impugnar dichos laudos. Al momento de admitir o de decidir la acción de inconstitucionalidad, debe establecer claramente si lo que se dicen violados son preceptos constitucionales o legales” Sin embargo, a través de fallo de 10 de julio de 1998, el Pleno decide no admitir una acción de amparo de garantías constitucionales presentadas contra una gestión de un tribunal de arbitraje comercial o privado, bajo el argumento que los árbitros, en este tipo especial de sistema de composición de conflictos, no poseen la categoría de servidores públicos, lo que no permite satisfacer uno de los presupuestos que reclama la acción de amparo.

Es la posición que nos parece correcta en el sentido de que deben rechazarse los amparos constitucionales que, en muchos casos, lo único que persiguen es la suspensión de la ejecución de un laudo arbitral, que es monopolio exclusivo del Poder Judicial. No parece correcto, pues, la sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral por un amparo constitucional aunque la inadmisibilidad de semejantes acciones de amparos debe ser analizada teniendo en cuenta que el recurso de nulidad brinda una protección razonable a los derechos procesales constitucionales de las partes. Caso contrario se estaría dotando al proceso constitucional en una *supra* instancia casatoria, con posibilidades de desarticular por completo la institución de la cosa juzgada, siendo más bien su deber de preservarla por ser su componente vital en la existencia de

todo Estado constitucional de Derecho. La procedencia y la validez de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, se comprueba únicamente en la medida en que éstos respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto, por lo que el recurso de nulidad se erige en ese contexto como el medio jurisdiccional idóneo que garantiza el control de las garantías constitucionales que deben respetarse en el procedimiento arbitral.

IV. Valoración de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

1. Sentencia de la CSJ 13 de marzo 2001: Amparo de garantías constitucionales promovido por Del Monte Fresh Produce International Inc.

El Pleno de la Corte Suprema conoció de la acción de amparo de garantías constitucionales presentada por la firma forense Arias, Fábrega & Fábrega, quien actuaba en representación de la sociedad Del Monte Fresh Produce International Inc., contra el laudo arbitral de 24 de febrero de 2001, emitido por el Tribunal de Arbitraje dentro del proceso seguido ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, por Prime Crest Administrator Inc. y El Jardín Cariari S.A., contra Del Monte Fresh Produce International Inc. La actora solicitó que se revocase el Laudo Arbitral de 24 de febrero de 2001 por contravenir disposiciones constitucionales. La Corte, tras un examen doctrinal y de la práctica advirtió que la inadmisibilidad del amparo no sobreviene por el hecho de que la autoridad demandada sea un tribunal arbitral y que los árbitros no posean la calidad de servidor público, ya que se trata de un asunto

muy debatido tanto en el plano nacional como en la doctrina. Ahora bien

“... en el presente caso la no viabilidad de la iniciativa deriva del hecho de que la acción subjetiva se dirige contra un laudo arbitral, decisión contra la cual la ley prevé un mecanismo de censura que brinda, precisamente, la respuesta jurisdiccional requerida por la actora, cual es el recurso de anulación contemplado en el art. 34 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, del Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación; medio de impugnación que dicho sea de paso fue empleado por la demandante y conocido y decidido por la Sala Cuarta de Negocios Generales de esta Corporación de Justicia, mediante resolución judicial calendada 25 de septiembre de 2001, que denegó la petición de anulación del laudo arbitral” [...]

Como quiera que una de las Salas que compone esta Corporación de Justicia, ya se pronunció sobre la eficacia del laudo arbitral, tras acreditar que las partes habían pactado un convenio arbitral donde señalaban que las diferencias surgidas por el contrato serían resueltas en forma definitiva por un Tribunal Arbitral y que el Laudo sería inapelable y de obligatorio cumplimiento para las partes, resulta contradictorio que ahora la actora pretenda censurar ese acto con la utilización de esta vía constitucional, desconociendo la existencia de un convenio arbitral en que se acordaba el acatamiento de la decisión, examinado por la Sala Cuarta y que encontró plenamente válido. Esta simple comprobación demuestra la improcedencia de la iniciativa constitucional que ahora se examina”.

2. Sentencia SCJ de 24 de agosto de 2010: Sindicato Industrial de Trabajadores de las Empresas Mineras de Panamá y las Empresas Petaquilla Gold, S.A.

Se promovió una acción de amparo de derechos fundamentales en contra del Laudo Arbitral de 4 de junio de 2010 dictado por el Tribunal Arbitral designado por la Dirección Regional de Trabajo de la Provincia de Coclé dentro del conflicto colectivo sostenido por aquella organización de trabajadores en contra de las empresas Empresas Mineras de Panamá y las Empresas Petaquilla Gold, S.A. La acción de tutela constitucional a través de la cual se resguardan los derechos fundamentales reconocidos en la ley Fundamental del Estado, a excepción de la libertad corporal y el acce-

so y resguardo de la información, tiene como propósito estimular el estudio de la decisión del panel de árbitros que se formó a raíz de la designación hecha por la Dirección Regional de Trabajo de la Provincia de Coclé a fin de resolver el conflicto colectivo sostenido entre el Sindicato Industrial de Trabajadores de las Empresas Mineras de Panamá y las Empresas Petaquilla Gold, S.A El pleno resolvió lo siguiente:

“La acción fue promovida en término, contra la decisión de un tribunal arbitral formado dentro de un conflicto laboral, el cual, dentro de la normativa doméstica, no solo alcanza la condición de función jurisdiccional equivalente a la que es regentada por jueces estatales, con lo que queda en evidencia la notable condición de servicio público que posee. Así mismo, el gestor identificó con puntualidad el acto objeto de reproche en la sede constitucional, exhibe los derechos fundamentales que estima infringidos y muestra las razones por las que considera que se ha ofendido el contenido esencial de tales prerrogativas, adjuntando copia del Laudo Arbitral y de otros documentos.

Sin embargo, al escrutar el argumento que se utiliza para justificar la vulneración constitucional, en forma recurrente el gestor constitucional, no solo menciona la existencia de yerros o vicios procesales o la vulneración del protocolo procesal que se debió utilizar para dar solución a la contienda; sino que promueve la revisión detallada de la decisión bajo el argumento que el Laudo Arbitral patrocina el desmejoramiento de las condiciones de trabajo.

Frente a ello, hay que tomar en consideración que aun cuando el laudo arbitral, en lo laboral, no admite recurso alguno, el art. 473 del Código de Trabajo, con puntualidad, señala que el mismo podrá ser anulado en juicio abreviado si, en efecto, aquel desmejora las condiciones de trabajo.

Siendo así, queda en evidencia que en la sede jurisdiccional ordinaria existe la posibilidad de ensayar un remedio que permite la revisión de la actuación del panel arbitral, conforme las irregularidades advertidas por el promotor de la acción, por lo que aquel debe optar por hacer uso de ese cause procesal.

Ello, encuentra respaldo en el carácter extraordinario y subsidiario de la acción de amparo cuando aquella se promueve contra gestiones judiciales, o en este caso su equivalente como lo es la decisión final del panel de árbitros; pues la misma solo opera cuando los instrumentos ordinarios a través de los cuales se puede revisar y/o escrutar las vulneraciones a derechos fundamentales por parte de acciones u omisiones en las que intervengan servidores públicos, han sido utilizados o bien ante eventualidad

o contingencia extraordinaria que aquellos sean manifiestamente ineficaces”.

Tras el referido razonamiento la CSJ no admitió la acción de amparo de derechos fundamentales promovida en contra del Laudo Arbitral de 4 de junio de 2010 dictado por el Tribunal Arbitral designado por la Dirección Regional de Trabajo de la Provincia de Coclé. La decisión contó, sin embargo, con el salvamento de voto del Magistrado Alberto Cigarruista Cortez en los siguientes términos:

“Con el respeto de siempre y por no compartir el fallo de la ocasión, me veo en la obligación de tener que anunciar que salvo mi voto dentro de este proceso constitucional, porque a mi juicio y tal como lo preceptúa la Constitución Nacional (art. 54), el Recurso de Amparo de Garantía Constitucional se interpone solamente contra los actos que expide un servidor público.

A mi criterio jurídico el presente amparo debió declararse no viable, toda vez, que el acto estimado como violatorio de un derecho fundamental fue dictado por un Tribunal Arbitral y consono a Derecho los árbitros aun cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, al igual que los jurados de conciencia no son servidores públicos, ya que su función además de ser transitoria, no reciben emolumento estatal alguno. Pretender ejercer competencia sobre recursos extraordinarios (Amparo) dictado dentro de procesos arbitrales, amén de dar al traste con la jurisdicción especial arbitral contraviene la intención del legislador plasmado en Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, por la cual se estableció el régimen General de Arbitraje de Conciliación y la Mediación en que se regula el proceso arbitral como un proceso sumario en donde no se admiten excepciones, incidentes, ni recursos ordinarios, excepto el derecho de las partes de acudir a Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia e interponen el Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral dictado por los respectivos jueces arbitrales.

Como quiera que estimo, que en ningún caso los jueces arbitrales son servidores públicos y menos por ejercer función jurisdiccional transitoria me veo en la penosa necesidad de anunciar que salvo mi voto en la presente encuesta constitucional”.

3. *Sentencia CJS 25 de septiembre de 2012: Mossack, Fonseca & Co (Luxembourg) S.A.R.L.*⁵⁴⁸

Existe un gran número de recursos de amparos contra laudos arbitrales en unos casos por la conclusión de término de los 15 días para entablar el recurso de anulación y, en otros cuando es casi seguro que este será desestimado por la Sala Cuarta de la CSJ. El amparo pretende y logra que una vez aceptado se susciten sobre el arbitraje interrogantes acerca de la ejecución del laudo. Esto acontece asimismo cuando en el laudo que dictó un Tribunal Arbitral en equidad. Este es el caso del proceso arbitral seguido por Bufete MF & CO (como sucesora de Mossack Fonseca & CO) que se suscitó ante el CCA de la Cámara de comercio de Panamá y en contra del cual se formuló un recurso de amparo por la parte perdedora, admitido, por el magistrado sustanciador. La CSJ al admitir el amparo propició que los trámites de ejecución del laudo experimentaron dificultades en su desarrollo, habida cuenta que por lo general el Pleno de la CSJ, tarda no menos de 6 meses para fallar el fondo.

En efecto Mossack, Fonseca & Co. (Luxembourg) S.A.R.L. había presentado una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia contra un laudo arbitral de 10 de febrero de 2010, emitido por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. La recurrente aducía que había sido violado el art. 201 de la Constitución pues la ésta no era parte del contrato en el que se convino dirimir cualquier controversia a la jurisdicción arbitral y ello porque a esta última debe accederse accede de forma voluntaria, sin que sea permitido someter a ésta, a quien no haya dado su consentimiento para ello. Mossack Fonseca & Co. (Luxembourg) S.A.R.L. añadía que no había a la jurisdicción estatal de su país y

⁵⁴⁸ Vid. J.C. Araúz Ramos, “Acción de inconstitucionalidad contra un laudo por no haber suscrito la parte condenada el contrato que dio origen al litigio”, *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 559–568.

estatuto personal, es decir, a los Tribunales ordinarios y Leyes Aplicables en el Gran Ducado de Luxemburgo, y en ningún momento había aceptado ningún tipo de prórroga hacia la jurisdicción arbitral de Panamá. En segundo lugar la acción se sustentaba en la violación del debido proceso en la medida en que, si la ley que regula la materia, en este caso el Decreto–Ley 5 de 1999, distingue diversos tipos de arbitraje a saber, arbitraje en equidad (*sic*) en Derecho, institucionalizado o *ad–hoc* y Arbitraje Comercial internacional, es por porque (*sic*) las reglas a las que van a estar sujetos han de ser distintas, a la hora de su consideración o sustanciación; de lo contrario, no tendría razón de ser la distinción que hace el legislador, tal y como lo prevé el referido Decreto–Ley. el proceso arbitral debió haberse tramitado y resuelto como fue calificado, es decir, como arbitraje comercial internacional y no, como se hizo en equidad. Finalmente se añadía que se había violado el art. 29 de la Constitución pues como producto de haberse sometido a un proceso arbitral sin su consentimiento, por no formar parte del contrato en el que se sustentó el mismo se decidió en el laudo arbitral que se suministre, toda la información relacionada a los clientes gestionados mediante la sociedad Mossack Fonseca & Co. (Luxembourg) S.A.R.L., pese a que esa información era de carácter confidencial, cuyo manejo queda reservado entre la sociedad y su cliente.

Admitida la acción de inconstitucionalidad se dio traslado de los autos al Procurador de la Administración para que emitiera la preceptiva resolución. Dicho Procurador consideró que la acción entablada debía declararse improcedente. Partiendo del criterio más reciente y dominante del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de que en Panamá es posible revisar la constitucionalidad de los laudos arbitrales, dicha revisión está sometida a ciertas condiciones. En concreto: a) tiene que referirse necesariamente a cargos de infracción de normas con rango constitucional y no a situaciones fácticas que se enmarquen dentro de las causales establecidas en la

Ley para la de anulación (sic) del laudo arbitral; b) el Tribunal Constitucional no debe ser considerado como una segunda instancia, en la cual puedan revisarse los mismos argumentos ensayados por las partes durante el proceso de arbitraje. Partiendo de tales premisas el Procurador entendió que los argumentos esgrimidos por la accionante no podían ser examinados bajo una acción de control de constitucionalidad dado que ya habían sido debidamente ponderados y decididos en el laudo arbitral y que dichos argumentos deberían haber sido utilizados en el correspondiente recurso de anulación contemplado en el art. 34 del Decreto ley 5 de 8 de julio de 1999, que hubiera garantizado plenamente su derecho de defensa.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia inadmitió la acción de inconstitucionalidad pero entró a valorar los argumentos de la recurrente rechazando el primero al considerar que sí era parte del contrato objeto de la controversia arbitral con un razonamiento que acaso debería contar con un mayor desarrollo. En orden al segundo argumento, tramitación del arbitraje en equidad, consideró que

“... se ha indicado que los laudos arbitrales en equidad no pueden ser impugnados mediante esta vía. Sin embargo y ante esta afirmación, es necesario señalar que las normas vigentes que rigen el tema de la acción de inconstitucionalidad, no restringen ni establecen de forma taxativa qué tipos de laudos pueden ser o no impugnables mediante la utilización de esta mecánica constitucional, muy por el contrario, la norma sobre acción de inconstitucionalidad patria, es una de las más abiertas en comparación con otras legislaciones. Esto, sin soslayar, que no es el tipo o nombre de laudo arbitral el que determina o da lugar a la posible vulneración de la Constitución Nacional, sino el contenido del acto que se impugna”.

A propósito de esta cuestión en pleno abordó la posibilidad de acudir a la Corte Suprema de Justicia tras haber denegado el recurso de anulación la Sala Cuarta de Negocios Generales de Suprema de Justicia), y señaló al respecto que

“... si bien los arts. 206 y 207 de la Magna abordan el tema de no poder presentar acciones de inconstitucionalidad contra las decisiones del Máximo Tribunal de Justicia, no puede dejarse de señalar que en este caso la acción presentada no es contra la decisión de la Sala Cuarta de Negocios Generales, sino contra un laudo arbitral. Pero adicionalmente hay que tomar en consideración que el recurso de anulación es un medio de impugnación que la ley dispone en favor de las partes intervinientes en un proceso arbitral para el cuestionamiento pertinente. Por lo que mal podría utilizarse como argumento para señalarle al actor que no puede acceder esta vía, dado que el acto ahora impugnado, ya se conoció mediante el recurso de anulación y por tanto, existe cosa juzgada”.

Por último, en relación con la supuesta violación de los derechos de la accionante por haber tenido que entregar durante el proceso arbitral información confidencial la Corte Suprema de Justicia consideró que el argumento debía de sucumbir por cuanto los alegatos de la actora habían sido desvirtuados en hechos, pruebas y derecho.

4. Acción de amparo contra resoluciones judiciales dictadas en asuntos de arbitraje

A) Planeamiento general

La decisión que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral adopta la forma de una sentencia definitiva para efectos del amparo, con independencia de que el laudo haya sido homologado previamente o no, pues en el juicio de amparo respectivo no se analizará lo decidido en el laudo, sino en el procedimiento de nulidad, que aunque posee relación directa con el arbitraje, no puede considerarse como un incidente del mismo. Al respecto, debe tenerse muy en cuenta que el incidente de nulidad de laudo arbitral no forma parte del procedimiento de arbitraje, sino que constituye un procedimiento totalmente diverso, aun cuando se encuentren relacionados por la materia de la litis. En efecto, no se debe perder de vista que la litis del llamado incidente de nulidad de laudo es, precisamente, anular el procedimiento arbitral, mas no constituye una real incidencia dentro de éste.

Resulta oportuno recordar aquí que el procedimiento arbitral tiene su origen en la voluntad de los particulares y es resuelto por particulares, no por órganos del Estado actuando en el ejercicio del *iure imperii*. Por consiguiente, con independencia de que éste haya sido homologado o no, el laudo arbitral jamás podrá ser considerado como sentencia definitiva para efectos del amparo, y ello porque presumir lo contrario supondría a considerarlo como un acto de autoridad. Inversamente, la resolución judicial que se pronuncie en un incidente de nulidad o en el momento del reconocimiento y la ejecución de un laudo sí es susceptible de considerarse como tal.

B) Estudio de la jurisprudencia panameña

i) Sentencia CSJ de 10 de marzo de 2004: acción de amparo de garantías constitucionales interpuesta la sociedad *3Ve Ingenieros & Arquitectos, S.A.* La acción se interpuso contra la resolución de 26 de noviembre de 2003, proferida por el Primer Tribunal Superior en la que decretó la nulidad de todo lo actuado y se declinó la competencia del Tribunal en el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. Las partes intervinientes en el proceso, decidieron someter a arbitraje cualquier controversia que se suscitara, siguiendo las normas establecidas en el Código Judicial. Según el amparista que la resolución citada contravenía el derecho de legítima defensa, ya que: “No existe en el ordenamiento jurídico panameño disposición alguna que faculte al Juez para ordenar a las partes que se sometan a las reglas de una institución privada, son las partes las que pueden decidirlo”. Según el proponente, dicha resolución violenta la garantía del debido proceso ya que, somete la controversia a la competencia del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá “y rebasa las facultades del juzgador”. En concreto, la cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Construcción celebrado entre las partes el cual sirvió de base a la juez de la causa para declinar competencia en el caso en cuestión, no sujetaba a

las partes a celebrar un arbitraje en el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. Además, con la resolución citada, también se vulnera la garantía de la gratuidad de la justicia contemplada en el art. 198 de la Constitución Nacional. Presentada la acción de amparo de garantías constitucionales, el Primer Tribunal Superior de Justicia, se pronunció en cuanto a la admisibilidad de la misma.

Dicha decisión fue impugnada a través del recurso de apelación. El incidente fue fallado ordenando remitir el expediente a una entidad de arbitraje que de manera inconstitucional elimina o viola de manera directa la garantía constitucional que establece la gratuidad de la justicia. El Pleno de la Corte Suprema, confirmó la resolución de 26 de noviembre de 2003, proferida por el Primer Tribunal Superior.

ii) Sentencia de la CSJ, Pleno, de 3 de abril de 2009 (*Brisas de Amador, S.A.*). Resulta una práctica generalizada proponer amparos de garantías contra la fase previa de convocatoria del Tribunal Arbitral. Como regla general el Pleno de la CSJ no admite el amparo en estos escenarios toda vez que las actuaciones impugnadas no han sido realizadas por “servidores públicos” en el sentido del art. 54 de la Constitución Nacional. En los casos de arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Panamá, como quiera que el CCA es una entidad privada y no se admite la eventualidad de que sus decisiones sean ventiladas a través de este mecanismo constitucional. Semejante planteamiento ha conducido a que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia no admita amparos que impugnen los actos preparatorios del arbitraje y en los supuestos en que llegaron a declararse admisibles ha decidido no declararlos viables. El problema esencial que se suscita en esta materia estriba en que se en que la Corte Suprema de Justicia recibe y admite para trámite amparos de esta naturaleza y únicamente con la mera firma del magistrado que conoce del asunto “suspende de hecho” los trámites de la Secretaría del Centro de Conciliación y Arbitraje.

Esta situación no es baladí pues aunque la acción de amparo no prospere en el fondo, la sola admisión provoca una perturbación en el desarrollo de los trámites del arbitraje, ya que origina una gran perturbación en los árbitros y en las partes en torno a la continuación del procedimiento, lo cual no beneficia en nada el normal desarrollo del procedimiento arbitral y ha sido objeto de numerosos críticas por los sectores arbitrales involucrados. Un ejemplo paradigmático se registra con el amparo que propuso la Sociedad Las Brisas de Amador S. A. contra una resolución de trámite elaborada por la secretaría del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, el cual fue admitido por el magistrado sustanciador y logró suspender los tramites arbitrales por 1 año y 7 meses (desde su admisión hasta la sentencia que lo declaró no viable el 3 de abril de 2009). Y no está de más dejar bien sentador que una vez de pronunciar la sentencia, el amparista dilató la conclusión de los trámites varias semanas más, a través de solicitudes de aclaración que exigieron la lectura y firma de los 9 magistrados que integran el Pleno.

En concreto, la sociedad Las Brisas de Amador, S.A. había promovió acción de amparo de garantías constitucionales contra de la Resolución de 6 de septiembre de 2007, proferida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP) que en su parte resolutive dispone entre otras cosas que en el convenio arbitral suscrito entre las partes, éstas acordaron resolver sus controversias a través de arbitraje en el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. Según el Centro la legislación panameña (art. 202 de la Constitución Nacional y art. 3 de la Ley 15 de 2006 que modifica, adiciona y Restituye artículos del Decreto Ley 5 de 1999) dispone que le corresponderá al Tribunal Arbitral –una vez constituido– el examen de su competencia y el alcance de la misma, por lo que ésta Secretaría no es competente para pronunciarse respecto a las alegaciones de la parte demandada. Como quiera que la parte demandada no designó árbitro en su escrito de contes-

tación la Secretaría del Centro citó a las partes, a fin de designar un árbitro principal y un suplente. Así las cosas el amparista manifestó la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer de la controversia pues la cláusula de arbitraje establecía que “Cualquier conflicto o controversia causada por o relacionada con la interpretación o ejecución de este contrato será presentada a arbitraje” y que dicha cláusula atribuía competencia al Tribunal Arbitral solamente para la interpretación o ejecución del contrato, por lo que no podía confundirse con la terminación del mismo, siendo éstas instituciones diferentes. Tras examinar la jurisprudencia existente en la materia la CSJ concluyó afirmando que

“... se puede concluir, con fundamento, que la orden impugnada no emana de un funcionario que tiene la categoría de servidor público, tal como lo exigen el art. 50 de la Constitución Nacional y los arts. 2.615 y 2.619 del Código Judicial, pues la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industrias de Panamá no forma parte del tribunal arbitral y sus funciones recaen en meros trámites para la formación de dicho tribunal [...].

Siendo entonces, que la condición de servidor público es uno de los presupuestos fundamentales para que prospere la acción de amparo de garantías constitucionales, y en el caso en estudio, no se está atacando la decisión de un Tribunal Arbitral, sino una Resolución emitida por la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, que no tiene la categoría de funcionario público, que además, no forma parte del Tribunal Arbitral y que sus funciones recaen en meros trámites para la formación de dicho tribunal; procede esta Corporación de Justicia a negarle el curso a la acción constitucional propuesta”.

iii) Sentencia CSJ 27 de abril de 2009: Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es ambivalente, toda vez se admiten acciones de amparo contra órdenes de hacer o no hacer fuera del catálogo de las resoluciones judiciales y no se suspende el acto, se ha asimilado al criterio potestativo del juzgador, dispensándole un trámite de resolución judicial que no tiene, actuación que a mi criterio también es

violatoria de los derechos que le asisten al amparista. Esto se evidencia en el la Resolución CSJ 27 de abril de 2009. En el curso de un proceso arbitral que se adelantaba ante un Tribunal constituido de conformidad con las normas del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, una de las partes formuló advertencia de inconstitucionalidad en relación con la cláusula segunda del Contrato suscrito por el Estado con la sociedad Panamá Ports Company, S.A. que fue aprobado mediante Ley 5 de 16 de enero de 1997. El respectivo Tribunal Arbitral resolvió mediante Auto No. 4 de 16 de mayo de 2007 rechazar de plano la Advertencia de Inconstitucionalidad en atención a que esta articulación incidental solo tiene cabida cuando se formule en un proceso que se surte “ante un funcionario público encargado de impartir justicia” y que en ese caso como el arbitraje tiene que ser decidido en equidad, los árbitros tienen que resolver conforme a su leal saber y entender sin sujeción a las reglas de derecho, por lo que no existe norma legal que pueda considerarse como infringida. Ante la negativa del Tribunal Arbitral, la parte afectada promovió un amparo de garantías fundamentales arguyendo que dicha decisión era violatoria del debido proceso consagrado en el art. 32 de la Constitución Nacional así como en el art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema de Justicia debía de pronunciarse si era viable la acción de amparo, para revisar los actos prohiados por aquellas personas que integran un Tribunal Arbitral constituido conforme al Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999. Una cuestión que demuestra una relevancia excepcional para la doctrina constitucional, así como para la institución arbitral comercial, civil a particular; circunstancia que encarna la obligación de realizar un detenido y sereno escrutinio a objeto de forjar un concepto definitivo sobre la cuestión bajo examen. A juicio de la Corte

“... le asiste razón al Primer Tribunal Superior al considerar que el mencionado dependiente de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura

de Panamá no es un servidor público, pues como se indicó previamente la definición que al respecto preceptúa la Constitución excluye a tal persona de esa categoría. Por tanto, no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeñe una actividad que guarde relación con las funciones de una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia a cargo de los titulares del Órgano Judicial, con por ejemplo acontece en el caso de los liquidadores de un banco, contra los cuales se ha pretendido interponer demandas de amparo como si fueran funcionarios públicos y respecto a lo cual esta Superioridad ha reiterado que no son funcionarios públicos, sino mandatario de una sociedad en liquidación (Cf. Sentencia de 2 de octubre de 1991, *Export Business vs Liquidadores de Banco Sur*). No encuentra la Corte razones suficientes para variar el criterio tratándose de Árbitros o de Arbitradores”.

iv) Auto CSJ de 6 de septiembre de 2010: manifestación de impedimento presentada por el Magistrado Jerónimo Mejía. Otro caso es el amparo de garantías constitucionales de la sociedad General Atlántica de Inversiones S.A. contra el auto que decidió desestimar una recusación hacia uno de los árbitros integrantes del tribunal. El recurso de amparo fue admitido por la CSJ y ordenó la suspensión, lo cual tuvo unas consecuencias verdaderamente negativas al paralizar tomó en tramitarse, decidirse en forma negativa y paralizar el procedimiento a lo largo de dos años. Con posterioridad General Atlántica de Inversiones S.A. tuvo la oportunidad de instar dos amparos más, contra decisiones de trámite que adoptó el tribunal arbitral; no obstante, en esta ocasión la CSJ no consideró oportuno decretar la suspensión.

En este contexto debemos hacer alusión al Auto Corte Suprema de Justicia 6 de septiembre 2010 en la manifestación de impedimento presentada por el Magistrado Jerónimo Mejía, para conocer de la acción de amparo de garantías constitucionales, propuesta la Sociedad General Atlántica de Inversiones, S.A., contra el Auto n 7 de 6 de abril de 2010, dictado por el tribunal arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. De conformidad con su declaración el Magistrado Mejia, cuando ejerció la profesión de abogado gestionó dentro de otros procesos, como apode-

rado judicial del señor Adolfo Olloqui Domínguez y asimismo manifestó que mantuvo una relación de abogado–cliente con el señor Adolfo Olloqui Domínguez, quien figura como representante legal de Sociedad General Atlántica de Inversiones, S.A. Ante esta situación el Pleno de la Corte Suprema de Justicia reconoció la posibilidad que se admitan causales de impedimento estatuidas en el art. 760 del Código Judicial en acciones de amparo de garantías fundamentales, declarando la pertinencia de la declaratoria de impedimento, según el n° 13 de dicho precepto legal, que se refiere a los impedimentos de los Magistrados y Jueces. Dicha decisión se justificó en el interés superior de los principios que deben regentar la administración de justicia, toda vez que la legitimidad del impedimento radica en el principio de independencia que debe caracterizar el proceso judicial, motivo este, debe acudirse al marco constitucional que configura los valores supremos del ordenamiento jurídico.

La citada resolución contó con el salvamento de voto del Magistrado Jacinto Cárdenas que manifestó lo siguiente:

“No comparto la decisión de declarar legal la manifestación de impedimento formulada por el Magistrado Jerónimo Mejía, para conocer la acción de amparo de derechos fundamentales presentada por la firma Carrillo Brux y Asociados, en representación de General Atlántica de Inversiones, S.A., contra el Auto No.7 de 6 de abril de 2010, emitido por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

El magistrado Mejía señaló que si bien cuando ejerció la profesión de abogado no represento judicialmente a la sociedad amparista, mantuvo una relación de abogado cliente con Adolfo Olloqui Domínguez, Representante Legal de la referida sociedad. Por tal motivo, considera, que ese hecho hace que se encuentre comprendido dentro de la causal de impedimento prevista en el numeral 13 del art. 760 del Código Judicial.

Es preciso resaltar que en materia de procesos relacionados con las acciones de amparo de derechos fundamentales las causales de impedimento y recusación se encuentran taxativamente previstas en la ley, específicamente en el art. 2628 del Código Judicial, no siéndoles aplicables entonces las causales de impedimento y recusación generales contempladas en el art. 760 del mismo Código. El referido art. 2628 del Código Judicial establece lo siguiente:

“Art. 2628: Los magistrados y jueces que conozcan esta clase de asuntos se manifestaran impedidos cuando sean parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de alguna de las partes o de sus apoderados o hayan participado en la expedición del acto”.

De lo antes expuesto se desprende que en las acciones de amparo de derechos fundamentales, solo pueden invocarse como causales de impedimento:

1. Cuando los magistrados o jueces sean parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de alguna de las partes o de sus apoderados, y

2. Cuando el magistrado o juez haya participado en la expedición del acto impugnado.

Como se ha podido apreciar, los argumentos en los que se apoya el magistrado Mejia para sustentar su manifestación de impedimento, permiten advertir que no se encuentran sustentados en ninguno de los presupuestos procesales establecidos en el art. 2.628 antes citado. Es decir, no alego si es pariente en los grados indicados de alguna de las partes o de sus apoderados, o si participo en la expedición del acto demandado.

En consecuencia, mal podría aceptar esta Corporación de Justicia declarar legal una solicitud de impedimento que no se encuentra debidamente sustentada y, sobre todo, cuando la propia ley establece los supuestos en los que un magistrado o juez puede declararse impedido en materia de acciones de amparo.

Como quiera que, a nuestro juicio, el impedimento formulado por el magistrado Mejia no está debidamente sustentado, consideramos que lo que corresponde en derecho es denegarle la solicitud realizada y ordenarle que siga conociendo de la acción de amparo impetrada.

Sin embargo, como esa no fue la decisión a la que llego la mayoría de los colegas magistrados, debo dejar consignado que, salvo el voto”.

Asimismo el Magistrado Alberto Cigarruista Cortez realizó otro salvamento de voto manifestando que

“El Magistrado Harley Mitchell, en su calidad de calificador en el presente caso, ha decidido declarar legal la solicitud impetrada por el Magistrado Jerónimo Mejia y en consecuencia, lo separa del conocimiento del proceso, calificación legal esta que cuenta con el apoyo jurídico y doctrinal de la mayoría, conducta jurídica que el suscrito Magistrado no comparte, motivo este por el que me veo precisado a salvar mi voto, no sin antes sentar las bases de mi disconformidad jurídica esgrimida ya en los debates plenarios de esta Augusta Corporación.

Basta la lectura del art. 2.628 del Código Judicial, para arribar a la conclusión que la materia que en esto momentos nos ocupa, a saber Amparo de Garantías Constitucionales, ha sido objeto de regulación por parte del legislador, al establecerle normas especiales y específicas que estipulan taxativamente las causales de impedimento y recusación. Para ello, preceptuó que los magistrados y jueces en estos casos, solo (únicamente) puedan declararse impedidos en ocasion de dos supuestos: el parentesco con las partes dentro de los grados de ley y haber participado en la expedición del acto. Supuestos estos que igualmente constituyen causales de recusacion al tenor de lo dispuesto en el art. 2629 del Código Judicial.

Aceptar que en materia de Amparo de Garantías Constitucionales se pueda dar aplicacion a las causales generales de los impedimentos, como se ha hecho en el presente caso, contraviene lo normado o regulado en Derecho y desvirtua el caracter sumario del tramite que debe proferirsele a esta institucion de garantias constitucionales, amen que deberia como consecuencia, ampliarse igualmente la aplicacion de las causales de recusacion de Magistrados y Jueces, en contravencion al derecho que le asiste a los usuarios del sistema a una justicia rapida ante una orden de hacer o no hacer dictada en forma arbitraria y ante la eminencia del daño a causar.

Finalmente, soy del criterio que el sentido y alcance del articulo 2.628 delCodigo Judicial antes citado es claro, razon por la cual no debe desatenderse su espiritu, ya que el legislador no ha ampliado las causales de impedimento en materia de Amparos a las establecidas en el art. 760 delCodigo Judicial.

Otra razon por la cual disiento de la decision mayoritaria, es que el propio Magistrado Mejia es claro al aceptar, que su actuacion como apoderado del señor Olloqui, fue en otros procesos distintos al que nos ocupa. Si esto es asi, como puede afirmarse que se configura una causal de impedimento. Esta circunstancia, pone en evidencia no solo la generalidad con que se trata la materia, sino que se estan aceptando como validas, situaciones que no se adecuan a lo que disponen las normas legales. Como magistrados de la más Alta Corporacion de Justicia, estamos llamados y obligados a acatar, respetar y aplicar lo que con claridad disponen las normas legales, pero como quiera que ello no es el querer de la mayoria plenaria me veo precisado a tener que salvar mi voto, lo que profiero con mi respeto de costumbre.

Como puede observarse a lo largo deestos fallos en la apreciación de la relaciones que pueden trazarse entre el arbitraje y la Constitución Nacional, subyace una cuestión compleja que atañe a las corrientes vanguardistas que prevalecen en el pensamiento constitucional contemporáneo y que se inclinan por sostener que

los derechos fundamentales tienen que ser respetados y son exigibles no sólo frente a las autoridades públicas sino también en las relaciones entre los particulares. Se trata de una situación extraordinariamente compleja que sigue reclamando en la jurisprudencia panameña una solución de cierre definitivo.

5. Otras circunstancias

Por medio del cauce del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las normas transcritas, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados. No procede la anulación cuando la impugnación se fundamente en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula arbitral. Esta circunstancia no constituye causal que amerite la revisión del laudo arbitral a través del proceso de amparo y por ello la demanda debe ser desestimada. La discrepancia con la interpretación y aplicación normativa hecha por el árbitro no constituye causal que amerite la revisión del laudo arbitral a través del proceso de amparo.

Ante el eventual yerro o equivocación de los árbitros en la aplicación de las normas sustantivas referidas al supuesto concreto, por un el eventual desacierto o equivocación de los árbitros, por falta de aplicación de la ley, por una interpretación errónea, o por indebida aplicación o indebida valoración probatoria, el ordenamiento jurídico no prevé ningún otro mecanismo de defensa judicial. Esta situación, poco deseable, puede hacer sentir la tentación de acoger la pertinencia de una acción de tutela. No en vano, a pesar de que se trata de un proceso de única instancia, la decisión tomada en un proceso arbitral podría llegar a ser cuestionada por la vía de acción de tutela en caso de que exista un eventual desacierto de los árbitros. Esto significa que la acción de tutela podría a funcionar, frente a una decisión arbitral, como una especie de recurso de apelación o de casación, con todos los peligros que ello entraña.

IV. Susceptibilidad del recurso de amparo frente a medidas medida anti-proceso

1. Alcance de las mediadas anti-proceso

Las interferencias judiciales en el arbitraje pueden plantearse en distintas etapas y bajo distintas razones o argumentos. Una primera cuestión que suele plantearse es la de la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales para entender en la contienda. Ya constituido el tribunal arbitral no es infrecuente que los tribunales estatales pretendan suspender el desarrollo del procedimiento arbitral por las más variadas razones, entre las que suele invocarse la necesidad de “controlar” ciertos actos o decisiones del tribunal arbitral. Otra posible interferencia judicial se produce a través de los recursos judiciales contra los laudos arbitrales, pues si bien algunos habilitan la instancia judicial, se reducen, como hemos visto, al control el recurso de nulidad se limita a causales taxativamente enumeradas. Por último, las interferencias judiciales pueden producirse cuando se pretende el reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros, etapa en la cual los tribunales del país donde tal reconocimiento o ejecución se persiguen a veces exceden los límites que a sus atribuciones imponen la misma ley que rige los procedimientos de ejecución cuanto las convenciones internacionales.

2. Estudio de la jurisprudencia panameña

La sociedad Victoire Universel, S.A. y Caja de Ahorros Fiduciaria (vendedora), por un lado y el señor Fernando Álvarez (comprador) por el otro, suscribieron un Contrato de Promesa de Compraventa que incluía una cláusula en virtud de la cual, previo intento de conciliación, se contemplaba una sumisión a arbitraje administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Pana-

má. Dicha cláusula fue impugnada por el Sr. Álvarez entre el Juzgado Noveno de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. No obstante la demandante formalizó su petición inicial de Arbitraje ante la Secretaría General de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá negándose el Sr. Álvarez a participar en el proceso arbitral. El centro, considerando la validez de la cláusula, procedió al nombramiento de una árbitra única y, así las cosas el demandado solicitó y obtuvo del Juez Noveno una medida conservatoria o de protección general de suspensión de los efectos de la cláusula arbitral demandada, en virtud de la cual se ordenaba la suspensión provisional e inmediata de los efectos jurídicos de la cláusula arbitral y la suspensión provisional de los trámites del proceso arbitral. La árbitra, tras examinar su propia competencia, de conformidad con el D.L. 5-99 decidió suspender el proceso arbitral a partir de la fecha de emisión de la medida anti-proceso, hasta tanto el Juzgado se pronunciase sobre la validez de la cláusula controvertida.

Ante esta sorprendente decisión de la árbitra, la demandante interpuso del Pleno de la CSJ el correspondiente amparo de derechos fundamentales alegando infracción de distintas normas del Código Judicial por cuanto, en su opinión un juez estatal perteneciente a la jurisdicción ordinaria, no podía condicionar el desenvolvimiento de trámites procesales, asumidos en el desarrollo de un proceso arbitral, ni mucho menos ordenar la suspensión del mismo. Entendía, asimismo que la árbitra no debía acatar la orden comunicada pues no se lo permitía su deber constitucional, quedando obligada a dirimir y fallar las causas que ante él se ventilan, a excepción de aquellas en donde su competencia no ha sido establecida, o por causas específicas contenidas en la ley.

En la muy discutible Sentencia del Pleno de la CSJ de 13 de agosto de 2010⁵⁴⁹, la Corte se apoyó en la decisión de la árbitra de

⁵⁴⁹ *Registro Judicial*, octubre 2010, pp. 42-48. Pues lo que se pretende

acatar la decisión del Juzgado para denegar el amparo afirmando que

“...el derecho fundamental de todo ciudadano a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial sólo se puede ver garantizado cuando en una determinada causa la decisión queda a salvo de toda sospecha de incompetencia de quien debe administrar justicia.

En ese orden de ideas, resulta claro para la Corte que, contrario a lo que plantea el recurrente, en el caso concreto el derecho de las partes a que su pleito sea decidido por un tribunal competente, se vería comprometido si se ordenara a un tribunal arbitral que continúe conociendo de un asunto, cuando el propio tribunal invocando el derecho constitucional de determinar su competencia (que se encuentra determinado en el art. 202 de la Constitución) y luego de examinar las circunstancias del caso, ha considerado que debe acceder a la suspensión del proceso hasta que el Juzgado Civil que conoce del caso resuelva sobre la validez de la cláusula arbitral que le otorga competencia para realizar el arbitraje... [...]

De allí que la Corte estime que mantener la decisión del Tribunal Arbitral responde a la mejor protección del debido proceso legal, y garantiza que el tribunal finalmente encargado de dirimir la controversia en la cual surge el amparo, sea el competente para ello”.

CONCLUSIONES

I

El Estado está obligado a garantizar la administración de la justicia y la observancia y cumplimiento de los derechos, deberes y en general de todas las normas de comportamiento procedimental. Ante la incapacidad y saturación del sistema judicial estatal de cumplir con dichas obligaciones se han promovido los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En primer lugar, por las ventajas en cuanto a la duración, los procedimientos, la flexibilidad y la celeridad propios del proceso arbitral. En segundo término, porque consiente una aproximación a la justicia por parte de los ciudadanos y por consiguiente una mayor garantía de protección a sus derechos y, tercero, por las consecuencias directas que tiene este mecanismo en cuanto a que propicia la competitividad del país, la inversión extranjera, el crecimiento económico y por consiguiente el desarrollo en términos sociales, económicos y culturales de los países.

Resulta una obligación del Estado salvaguardar la impartición de justicia y la observancia y cumplimiento de los derechos, deberes y en general de todas las reglas de comportamiento. En vista de la incapacidad y saturación del sistema judicial estatal de cumplir con dichas obligaciones, es apenas lógico que se promueva y facilite el acceso a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los términos antes propuestos. Primero, por las ventajas en cuanto a la duración, los procedimientos, la flexibilidad y la celeridad propios del proceso arbitral. Segundo, porque permite un acercamiento a la justicia por parte de los ciudadanos y por

consiguiente una mayor garantía de protección a sus derechos y, tercero, por las repercusiones directas que tiene este mecanismo en cuanto a que propicia la competitividad del país, la inversión extranjera, el crecimiento económico y por consiguiente el desarrollo en términos sociales, económicos y culturales.

La referencia que la Constitución efectúa a la jurisdicción, hay que entenderla como una expresión de competencia objetiva que puede ser llevada a cabo por los particulares cuando se trate de materias disponibles, a fin que sean de conocimiento por jueces privados. Con ello se produce el desplazamiento de la competencia o la derogación de la competencia por arbitraje; por tanto, se puede afirmar que la función jurisdiccional es única, exclusiva y ejercida por el Poder Judicial. No cabe considerar al arbitraje, incluso en determinados supuestos excepcionales, como jurisdicción, ya que la base y el sustento del arbitraje es el contrato. Así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, también han convenido el modo de resolver los posibles diferendos. El arbitraje es justicia privada porque nace de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual.

El “derecho al arbitraje” ha sido desarrollado por los países latinoamericanos y señaladamente por Panamá, a través de la reforma de sus Derechos internos sobre el arbitraje comercial internacional y a través de la ratificación de las convenciones internacionales que regulan esta la materia.

A partir de aquí, tanto la constitucionalización del arbitraje como su inserción en el orden jurídico constitucional como una institución autónoma perteneciente a un orden jurídico distinto al jurisdiccional son factores que deben ser contemplados con cautela pues a partir de esta perspectiva el arbitraje pasaría a una institución del Derecho constitucional regida por los principios y normas constitucionales siendo el árbitro sería entonces un delegado

de la “función constitucional” de administrar justicia y el laudo arbitral debería garantizar la vigencia de los valores constitucionales.

II

En este contexto el arbitraje irrumpe como un mecanismo que hace valer los principios constitucionales de celeridad, eficacia y efectividad de la justicia, y es al mismo tiempo un importante vehículo para favorecer la participación ciudadana en la toma de decisiones. El arbitraje constituye una manifestación esencial de la administración de justicia. El perfeccionamiento legal de la institución arbitral tiene un claro cimiento constitucional, que cede la atribución de funciones judiciales a los particulares. Tal permisión no puede, sin embargo, forjarse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia, que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos. Debe recordarse que cualquier ordenación en materia de arbitraje debe instituirse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas y, de otra parte, que los árbitros deben cumplir su quehacer en términos concluyentes y que sus decisiones están sometidas a la revisión esporádica por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia.

Cuanto mayor sea la asimilación entre la justicia estatal y extrajudicial, dado que en ambos casos deben cumplir con los protocolos constitucionales mínimos, debiera revisarse el diferente tratamiento constitucional que se le ha dado a los sistemas, admitiendo por ejemplo que en los arbitrajes de derecho se pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante Corte Suprema de Justicia. Precisamente este órgano ha reconocido implícitamente

que la celeridad de respuesta que exige una tutela efectiva hay que buscarla en fórmulas extrajudiciales y se ha decidido a fomentarlas abiertamente flexibilizando algunos de los requisitos que hasta el momento se habían exigido para compatibilizarlas con la Constitución

III

El proceso arbitral posee una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución.

En Panamá, al igual que en los modernos Estados constitucionales democráticos, la Constitución determina los principios fundamentales para la estabilidad jurídica y la gobernabilidad democrática, regulando tanto el Derecho público como el Derecho privado. Semejante postulado se desprende de la noción de Constitución concebida no sólo como una norma política, sino también como norma jurídica suprema; esto es, una manifestación del ordenamiento jurídico, pues en ella se localizan las bases constitucionales de todas las disciplinas del ordenamiento jurídico. A partir de aquí, el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, pues puede ser declarado inconstitucional en tanto que constituye un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de conformidad con la Constitución.

Tras la entrada en vigor del Decreto Ley nº 5 de 1999, la legislación panameña en materia arbitral se acomodó a los parámetros internacionales con el objeto de avalar a nacionales y extranjeros,

la aplicación de reglas claras y acordes con las tendencias modernas en otros ámbitos jurídicos.

Panamá tras las reformas introducidas en el año 2004 proclamó a nivel constitucional el reconocimiento de que la justicia puede ser administrada por la llamada “jurisdicción arbitral”. Resta aún por resolver cual es el alcance que deben tener los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia arbitral que administran los particulares.

El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje plantea una dialéctica que ha merecido intensas críticas en la doctrina especializada. La situación es ciertamente compleja por lo que considero que en nuestro medio, la cuestión está necesitada de un profundo debate y reflexión que debe iniciarse prontamente.

IV

El ordenamiento jurídico panameño promueve la válida manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes en áreas o campos que, preponderantemente, se encuentran reguladas por normas sustitutivas de las comunes estipulaciones entre las partes. La autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de singular importancia en el arbitraje y se expresa en la facultad conferida a las partes de someter “voluntariamente” sus controversias de carácter disponible, a la decisión de un tercero –árbitro o tribunal arbitral– distinto al Poder Judicial. Este es el verdadero sentido del art. 202 de la Constitución panameña cuando afirma que “La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley”. Confiere, pues, rango constitucional a la institución arbitral que se erige como una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios panameños de resolver por imperio de la ley, todas

las controversias que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses

El desarrollo legal de la institución arbitral tiene, pues, un claro fundamento constitucional que propicia la atribución de funciones a los particulares en la solución de controversias. Dicha autorización no puede imaginarse como una suerte de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos. A este respecto la ordenación panameña en materia de arbitraje se funda en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas.

Con base en la autonomía de la voluntad los ciudadanos gozan en Panamá de total libertad para escoger cualquiera de los canales constitucionales existentes para acceder a la justicia y obtener la tutela de nuestros derechos o intereses. Bien entendido la autonomía de la voluntad de los privados no es un derecho absoluto o ilimitado; y en este contexto, la institución del arbitraje debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y las leyes; y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales. Conocerá de la controversia aquella tercera persona –juez o árbitro– al que las partes le reconozcan autoridad o mayor confianza para decidir un caso concreto. En Panamá, como en cualquier Estado constitucional y democrático de Derecho, la autonomía de la voluntad de los privados no es un derecho absoluto o ilimitado; y en este contexto, la institución del arbitraje debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y las leyes; y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales

El arquetipo del arbitraje comercial regido por el Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999, se distingue por el hecho que es un particular quien somete, a la decisión de otro particular, la solución a un conflicto de intereses sobre los que tienen libre disposición (art. 1,2 y 7). Son las partes, quienes a través de un acto autónomo

expresado por ellas mismas, en el convenio arbitral, eligen al o los árbitros, o bien delegan esa tarea en una entidad privada encargada de administrar arbitraje, sin que se advierta la existencia de una intervención oficial de algún brazo de la administración pública en esa labor (*cf.* arts. 14 y 15). No existe referencia legal alguna que señale que los honorarios de los árbitros sean sufragados a partir de fondos estatales, sino que estos son satisfechos por las partes que intervienen en el juicio arbitral; por citar solo algunos elementos.

V

El poder de los árbitros para conocer y decidir acerca de su propia competencia es la directa consecuencia del carácter inherente a la función arbitral, con las limitaciones que establezca la correspondiente normativa arbitral.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá incidió directamente sobre esta cuestión, mediante fallo de 13 de diciembre de 2001 (*Pycsa Panamá, S.A.*), declaró inconstitucionales los párrafos primero y tercero del art. 17 Decreto Ley nº 5 1999 por ser contrarios a la Constitución Política vigente. Dicho fallo contó con el salvamento de voto por parte cuatro Magistrados, de un total de nueve Magistrados que conforman el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Declaró que el principio según el cual los árbitros son competentes para dirimir toda controversia sobre su propia competencia violaba el derecho fundamental constitucional de todo ciudadano a acceder al sistema estatal de justicia.

No obstante, ante la tendencia mostrada por ciertas decisiones de la Corte Suprema de Justicia se impone la imperiosa necesidad de no generar cambios constitucionales, que minimicen la institución arbitral, particularmente, la facultad a los árbitros para deci-

dir sobre su propia competencia. El único cambio, que sobre la materia procede hacer, es el de agregar un párrafo al texto del art. 202 de la Carta Magna, dado que se vienen admitiendo, por la falta de un adecuado desarrollo de la cultura arbitral, amparo de garantías constitucionales, olvidándose que contra los laudos procede el recurso de anulación; por lo que solicito, cortesía de sala, a fin de explicar, la pertinencia de la competencia arbitral y la necesaria inclusión del siguiente párrafo: “contra las decisiones o fallos arbitrales, no cabe el recurso amparo de garantías constitucionales”. Por esta razón el recurso de anulación desempeña propiamente una suerte de proceso de tutela de derecho fundamentales, configurándose como la opción procesal adecuada.

Las garantías que establece la Constitución panameña acerca de la actividad arbitral, se refieren a que pueden ser comprobadas por los órganos de la justicia ordinaria que tienen las facultades para verificar si en el proceso de arbitraje se cumplieron las formalidades y requisitos propios de su trámite, es decir para verificar si se ha vulnerado o no el derecho al debido proceso, o lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva. El derecho al debido proceso se agranda al contorno del procedimiento arbitral y su contenido esencial está integrado, por un conjunto de derechos entre los que cabe referirse a los siguientes: derecho de acceso al arbitraje, derecho a que la controversia sea resuelta por un árbitro o tribunal arbitral imparcial e independiente, derecho a la igualdad sustancial en el proceso, derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a la apropiada motivación de las resoluciones arbitrales y derecho a la eficacia del laudo arbitral que oportunamente se pronuncie.

Por eso, el recurso de nulidad no es una instancia más en la que se deba de examinar el fondo del asunto debatido, sino una vía para comprobar que el laudo no se emitió contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a la decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución. Lo contrario supondría privar al arbitraje de su ocupación como mecanismo de

solución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados.

En el proceso arbitral no existe una “segunda instancia” en el sentido de que un órgano de superior jerarquía pueda pronunciar una nueva decisión en la que se altere lo acordado por los árbitros; el recurso de anulación no da lugar a la intervención del Poder Judicial como una segunda instancia por lo que posee un contenido radicalmente diverso del recurso de apelación. Como pusiera de relieve en Panamá la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 23 de noviembre de 2005 (*Colgate-Palmolive –Central América–, Inc. / Importadora y Distribuidora Nacional, S.A. –Crusal–*). Consecuentemente en Panamá contra los laudos arbitrales cabe únicamente el recurso extraordinario de anulación. La jurisprudencia se ha manifestado concluyente a la hora de considerar las impugnaciones contra lo decidido por los árbitros.

VI

La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. La Constitución panameña no impide excluido la eventualidad de efectuar un reflexivo control constitucional de los actos de los árbitros, pues ha advertido la procedencia del amparo contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera los derechos tutelados por este proceso constitucional. Por consiguiente, es cabalmente factible cuestionar una resolución arbitral en sede constitucional, a través del proceso de amparo; siempre que se observen los requisitos procesales determinados por el ordenamiento jurídico. Ni el Estado ni los particulares se encuentran legitimados para vulnerar los derechos fundamentales de las personas, lo que podría ocurrir como consecuencia de la aplicación de determinadas nor-

mas legales manifiestamente contrarias a la Constitución. Si el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias jurídicas, que está previsto y regulado en la ley; si está incardinado en el sistema constitucional de administración de justicia, si los ciudadanos resuelven mediante el arbitraje controversias sobre materia de libre disposición poniendo en ejercicio los mismos derechos e intereses legítimos que son objeto de la tutela judicial efectiva; y si, al menos en los arbitrajes de derecho, se aplican normas jurídicas, no tendría sentido que no se pudiera controlar si en el arbitraje se han respetado o no los derechos incardinados en la Constitución. Por eso en Panamá aun cabe la posibilidad de rellenar la noción del “orden público” con los valores que se desprenden de la Constitución y, con ello puede hablarse menos en un sentido indirecto, de un “derecho a la tutela “arbitral” efectiva.

Consecuentemente, si en el desarrollo de las funciones arbitrales los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, deberán cumplir con el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución. Bien entendido que sólo cabe la aplicación del control difuso arbitral, cuando no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo, respecto al derecho de alguna de las partes.

VII

La privatización de la justicia, que nace con un acuerdo de las partes, ya sea en un convenio, acuerdo que se celebra para someter las controversias a un ente privado, para luego recurrir a la esfera jurisdiccional con el objetivo final de ejecutar el laudo. Así el art. 19 del Decreto Ley nº 5 confirma esta posición, al separar el pro-

ceso arbitral de eventuales intervenciones que pudiera ejercer la jurisdicción ordinaria.

El recurso de amparo de garantías constitucionales protege a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución “por cualquier servidor público”. Dicho recurso, de acuerdo con el art. 54.2º de la Constitución, “se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales”. En consecuencia, el laudo arbitral, como acto que no emana de ningún poder público, no puede ser objeto de impugnación directa mediante amparo. A partir de aquí puede considerarse que el árbitro es un “servidor público” en el sentido del recurso de amparo porque el árbitro de ninguna manera dicta, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley. Determina cual es la ley entre las partes, pero no la ejecuta, pues no cuenta con el *imperium*. Únicamente cuando la vulneración de los derechos y libertades fundamentales sean atribuibles al órgano jurisdiccional que conoció de la acción de nulidad contra el laudo, será procedente el recurso.

El amparo se configura en Panamá como un procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendientes a lograr el restablecimiento de los mismos de manera efectiva e inmediata. Las acciones de amparo buscan proteger a las personas de aquellos actos dictados en contravención con la Constitución cuando cumplan con requisitos previamente establecidos en la ley. Tal es el caso del n° 2 del art. 2.615 del Código Judicial.

En Panamá existen varios casos en que se promovieron, acciones contra laudos arbitrales, tanto de procesos administrados, como de procesos arbitrales laborales. Ahora bien en estos casos se plantearon otros elementos distintos al requerimiento del agotamiento de los recursos ordinarios y es de entenderse, ya que contra los laudos arbitrales sólo podrá interponerse recurso nulidad, con-

forme lo establece el art. 34 del Decreto Ley 5 de 1999. Los fallos incluyen valiosa reflexiones, sobre la esencia de la acción de amparo y se adelantaron importantes consideraciones respecto al trámite de admisibilidad de los mismos e indicaron que el presupuesto básico para la admisión de la iniciativa constitucional y el consecuente estudio de la pretensión y eventual reconocimiento de un derecho, descansa en el cumplimiento satisfactorio de los requerimientos que para tales efectos exige la Constitución, pero sin concebirla como una institución extremadamente formalista.

En todo caso y como regla general debe adelantarse que en principio no es aconsejable en modo alguno la acción de anulación contra los laudos arbitrales pues la ley prevé un mecanismo de censura que brinda, precisamente, la respuesta jurisdiccional requerida por la actora, cual es el recurso de anulación contemplado en el referido art. 34 del Decreto ley 5/99 de 8 de julio de 1999. Este carácter diletante se recoge en la propia doctrina de la Corte Suprema de Justicia. Consecuentemente, el amparo constitucional no es el medio idóneo para impugnar un laudo arbitral y no hace otra cosa que apuntar una hostilidad frente al arbitraje inaceptable.

ÍNDICE DE DECISIONES

- Tribunal Marítimo, 1 de junio de 1983.
- Tribunal Marítimo, 2 de septiembre de 1986 (*Líneas Agromar, S.A. / Compañía Panameña de Seguros, S.A.*)
- Tribunal Marítimo, 18 de julio de 1988 (*Remsa, S.A. / Barber Wilhamsem Agency, S.A. y Barber Steamship Line Inc.*)
- Corte Suprema, Pleno, 29 de octubre de 1992 (*C. Fernie & Co., S.A. / Universal Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.*). Texto reproducido en el asunto *Pydsa Panamá, S.A.*
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 20 de diciembre de 1995 (*Spector Shipping, S.A. / Krossfonn, Inc.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/texis.exe/webinator/buscar/?query=arias%0A&pr=registro&order=r&cq=3&cmd=context&id=44dce7ff1eb>
- Corte Suprema de Justicia Pleno de 10 de julio de 1998, publicada en el Registro Judicial de julio de 1998, pp.15–16.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 3 de mayo de 1999 (*Sunlight Marine Co. Ltd. / Sinotrans*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 30 de junio de 2000 (*Tamase Technical Maritime Services, S.A. / Chu Chang Construcion Co. Ltd.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200006315.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 8 de noviembre de 2000 (*Inmobiliaria Sucasa, S.A. / Cryogas de Centroamérica, S.A.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200011190.htm>.

- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 22 de diciembre de 2000 (*Construcciones Universales, S.A. / Condor Enterprises, S.A.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200012272.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 16 de marzo de 2001 (*Telephone & Technologies, S.A. / Cable & Wireless Panamá, S.A.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200103263.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 23 de marzo de 2001 (*Petrocom de Panamá, Inc. / Intel, Intel, S. A., Cable & Wireless Panamá, S. A. y la República de Panamá*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200103264.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 29 de junio de 2001 (*Central de Fianzas, S.A. / Bridgefarmer Panamá, S.A.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200106265.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 9 de octubre de 2001 (*Grand Park Hotel, Inc. / Alta Cordillera, S.A.*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200110257.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, 13 de diciembre de 2001 (*Pycsa Panamá, S.A.*)
- Corte Suprema de Justicia 13 de marzo de 2002, que resolvió amparo de garantías Constitucionales promovido por Del Monte Fresh Produce International Inc. contra el laudo arbitral del 24 de febrero de 2001.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 11 de julio de 2002 (*Central de Fianzas, S.A. / Autoridad de la Región Interoceánica –A.R.I.–*), <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/sn200207255.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 6 de enero de 2003 (*Spur Enterprises, Inc. / Cable & Wireless Panamá, S.A.*), [http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200301-0000-4-21-0-10-\\$228-02\\$-\\$8-151-555\\$-20030106-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200301-0000-4-21-0-10-$228-02$-$8-151-555$-20030106-M.htm).
- Corte Suprema de Justicia Sentencia de la CSJ de 5 de mayo de 2003 (*Curacao Eximport Enterprises, Co., N.V., contra Banco Disa, S.A.*)
- Corte Suprema de Justicia, 11 de junio de 2003. Acción de Inconstitucionalidad. Sala en Pleno, Ponente: Arturo Hoyos. Decisión por mayoría con

- salvamento de voto de los Magistrados José A. Troyano y Adán Arnulfo Arjona. Exp. núm. 579–1999.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, de 8 de agosto de 2003 (*Panamá Area Metal Trades Council (PAMTC) contra la Autoridad del Canal de Panamá*)
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 24 de mayo de 2004 (*Curacao Eximport Enterprises, C. O., N.V. / Banco Disa, S.A. – en liquidación–*), [http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200405-0000-4-21-0-10-\\$15-03%20AS\\$-\\$8-81-81\\$-20040524-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200405-0000-4-21-0-10-$15-03%20AS$-$8-81-81$-20040524-M.htm).
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 10 de septiembre de 2004 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Panamá), S.A. / Compu–Total, S.A.*), [http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200409-0000-4-21-0-10-\\$141-03\\$-\\$8-151-555\\$-20040910-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200409-0000-4-21-0-10-$141-03$-$8-151-555$-20040910-M.htm).
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 14 de febrero de 2005 (*Greenhow Associates Ltd. / Refinería Panamá, S.A.*), Ponente Winston Spadafora Franco, Exp. 824–03. [http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200502-0000-4-21-0-10-\\$824-03\\$-\\$7-58-878\\$-20050214-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200502-0000-4-21-0-10-$824-03$-$7-58-878$-20050214-M.htm).
 - Corte Suprema de Justicia 8 de marzo de 2005 (M.P. Winston Spadafora Franco).
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 7 de octubre de 2005 (*Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. –FFC– / Colón Container Terminar, S.A. –CCT–*), [http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200510-0000-4-21-0-10-\\$109-05\\$-\\$7-58-878\\$-20051007-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200510-0000-4-21-0-10-$109-05$-$7-58-878$-20051007-M.htm).
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 23 de noviembre de 2005 (*Colgate–Palmolive –Central América–, Inc. / Importadora y Distribuidora Nacional, S.A. –Crusal–*), [http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200511-0000-4-21-0-25-\\$529-02\\$-\\$7-58-878\\$-20051123-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/generales/rj200511-0000-4-21-0-25-$529-02$-$7-58-878$-20051123-M.htm).
 - Corte Suprema de Justicia, 16 de diciembre de 2005 (*Isthmus Crossing Services, Inc. / Compañía del Ferrocarril Transístmico, Panama Canal Railway Company*). Ponente José A. Troyano, Exp. 482–05.

- Corte Suprema de Justicia de 20 de septiembre de 2006: Caso *Laurent Jean Marc Parienti / Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño*. Ponente José A. Troyano, con salvamento de voto del Magistrado Winston Spadafora. Exp. n° 219.05.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de 18 de marzo de 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 13 de mayo de 2008 (*Grupo de Corretaje y Asesoría de Seguros, S.A. (Grupo CAJ, S.A.) contra L.R. Ducruet hijos, S.A.*)
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 8 de septiembre de 2008 (*Equipos y Maquinarias Panedi, S.A. / Alquileros y Ventas Panedi, S.A. contra Acueductos y Alcantarillados Nacionales, IDAAN*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de septiembre de 2008 (*Grupo Capital Factoring, S.A., Fenso Corporation, Itadca Investment, Ltd., Lysons Corporation y h.a.a.g. Holding Co contra Karikal Investment, S.A.*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 de marzo de 2009 (*Fundación Raznher y otros contra Banco Atlántico Panamá, S.A., ahora Banco General, S.A.*).
- Corte Suprema de Justicia 27 de abril de 2009: Acción de amparo de garantías constitucionales contra un acto expedido por un Tribunal Arbitral, constituido y administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. Magistrado: P. Victor Benavides.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 26 de agosto de 2009 (*Telecarrier Inc. contra Interdotnet Inc.*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 7 de septiembre de 2009 (*Capital Premium, S.A. contra Wiridis, Inc.; Jaromir Stiburek y Simona Stibor*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 7 de octubre de 2009 (*Estudios, Diseños y Construcciones, S.A. contra Desarrollo de Viviendas, S.A., Inmobiliaria Las Cibeles, S.A., Inmobiliaria Fresno, S.A., y Colonias de Panamá, S.A.*).

- **Corte Suprema de Justicia**, Sala Cuarta de negocios generales, 28 de diciembre de 2009 (*Inmobiliaria La Nación, S.A. contra H. A. Engineering, Inc.*)
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 31 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 5 de julio de 2010 (*Hopsa, S.A. contra M2 Panama Inc.*).
- Corte Suprema de Justicia, Pleno, de 20 de enero de 2011 (*HEBE Corporation, S.A. contra Innovaciones de Vidrio, S.A.*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de febrero de 2011 (*Inspecciones Jesús Díaz, S.A. contra Corporación Iberoamericana de Negocios*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 2 de marzo de 2011 (*Servicios y Recreaciones, S.A. contra Magic Game*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 18 de mayo de 2011 (*Francesco Bongiovanni contra Proyecciones Modernas, S.A.*)
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 14 de noviembre de 2011 (*AVT Interservices, S.A. contra FCC Construcciones Centroamerica, S.A.*).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 21 de diciembre de 2011 (*Sam Heavy Equipment Solutions Corp., contra Petaquilla Minerals, S.A., Petaquilla Copper, S.A. y Minera Petaquilla, S.A., ahora Minera Panamá, S.A.*).
- **Corte Suprema de Justicia**, Sala Cuarta de negocios generales, de 1 de febrero de 2012 (*Autoridad del Canal de Panama contra Aon Limited*).

BIBLIOGRAFÍA

I Obras de carácter general

- Arroyo, C.D.: *Contratos civiles*, t. II, Panamá, Editorial Universitaria, 1974.
- Boutin Icaza, G.: *Derecho Internacional Privado*, Panamá, Edition Maître Boutin, 2006.
- Carnelutti, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. I, Ed. Uteha, Buenos Aires (traducción de Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944.
- Couture, E.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985.
- De la Oliva Santos, A.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con I. Díez-Picazo Giménez), 3ª ed., Madrid, 2004.
- De la Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, 2005.
- De Otto y Pardo, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989.
- Devis Echandía, H.: *Compendio de Derecho Procesal*, t. III, Bogotá, 1977.
- Devis Echandía, H.: *Teoría General del Proceso*, t. I, Buenos Aires, Universidad, 1984.
- Díez Picazo, L. y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- Díez-Picazo, L. y A. Gullon, *Sistema de Derecho Civil*, t. III, Madrid, Tecnos, 5ª reimpr., p. 449).
- Fábrega Ponce, J.: *Instituciones de Derecho procesal civil*, Ed. Jurídica Panameña, 2004.
- Fairén Guillén, V.: *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1990.
- Fernández Rozas, J.C., R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007.
- Fernández Rozas, J.C.: *Ius Mercatorum, autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegio Notarial de España, 2003, p.69.
- Fernández Rozas, J.C., R. Arenas García y P.A de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007.

- García Amigo, M.: *Lecciones de Derecho civil II, "Teoría general de las obligaciones*, Madrid, McGraw Hill, 1995.
- González Montenegro, R.: *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Panamá, 2002.
- Loewenstein, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- Montero Aroca, J.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar), Valencia, 2007.
- Moreno Catena, V., V. Cortés Domínguez y V. Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª ed., Madrid, Colex, 2000.
- Moscote, J.D.: *El Derecho Constitucional Panameño*, Edición Conmemorativa del XXV Aniversario de la fundación de la Universidad de Panamá, 1960.
- Núñez Rivero, C., J.M. Goig, M. Núñez Martínez, *Derecho constitucional comparado y Derecho político iberoamericano*, Madrid, Editorial Universitas, S.A., 2002.
- Romano, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires, EJE, Buenos Aires, 1964, pp. 297 ss.

II. Monografías

- Aguilar Grieder, H.: *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001.
- Álvarez Rubio, J.J.: *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria-Gasteiz, 2000.
- Aravena Arredondo, L.: *Naturaleza jurídica del arbitraje*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- Artuch Iriberry, E.: *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, S.L., 1997.
- Barona Vilar, S.: *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Berger, K.P.: *International Economic Arbitration*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- Bernardo San José, A.: *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, Comares, 2002.
- Bonnemaison W., J.L.: *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006.
- Borrajó Inieta, I.: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1995.

- Boutin Icaza, G.: *Del arbitraje: legislación, comentarios y jurisprudencia: Decreto Ley 5 de 1999 por el cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación*, Panamá, 2001.
- Boutin Icaza, G.: *Del reconocimiento de la Lex Mercatoria en la jurisprudencia panameña*, Panamá, Etude Maître Boitin, 1998.
- Boutin, G.: *Arbitraje internacional en Panamá*, Panamá, 1987.
- Boutin, G.: *Del arbitraje comercial*, ed. Mizrachi & Pujol, S.A., 2001.
- Budin, R.Ph.: *Les clauses arbitrales internationales, bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage ad hoc et institutionnel*, Lausana, Payot, 1993.
- Bullard González, A.: *¿Y quiénes están invitados a la Fiesta?: La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el art. 14 de la ley de arbitraje peruana*", *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, t. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Caivano, J.R.: *Arbitraje*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- Caivano, J.R.: *Negociación, conciliación y arbitraje*, Lima, APENAC, 1998.
- Cantuarias Salaverry, F.: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007.
- Carbonneau, T.: *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, Chicago, University of Illinois Press, 1989.
- Carreira Pitti, G.E.: *El arbitraje internacional y la jurisdicción marítima panameña ante una nueva doctrina arbitral*, Panamá, 2003.
- Chamorro Bernal, F.: *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994;
- Chillón Medina, J.F. y J.M. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas S.A., Madrid, 1991.
- Chocrón Giraldes, A.M.: *Los principios fundamentales en el arbitraje*", Barcelona, Bosch, 2000, pp. 226 ss.
- Cohen, D.: *Arbitrage et société*, París, LGDJ, 1993.
- Cordero Moss, G.: *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, Tano Aschehoug, 1999.
- Cordón Moreno, F.: *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cizur Menor, Civitas, 2010.
- Cordón Moreno, F.: *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- Cordón Moreno, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona, Aranzadi S.A., Pamplona, 1995.
- Cuartero Rubio, M.V.: *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.
- Díez Picazo, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

- Dore, I.I.: *The Uncitral Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, Londres/Dordrech/Boston, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1993;
- Esplagues Mota, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Madrid, 2007.
- Fernández Rozas, J.C. (dir.): *La nueva Ley de arbitraje*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2007, 374 pp.
- Fernández Rozas, J.C. y N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2012
- Fernández Rozas, J.C.: *Tratado de arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- Frutos-Peterson, C. : *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine. L'efficacité de son droit*, París, 2003.
- Frutos-Peterson, C.: *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine. L'efficacité de son droit*, París, 2003
- Gamboa Morales, E.: *El arbitraje en equidad*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003.
- González de Cossío, F.: *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.judicial
- González De Cossío, F.: *El arbitraje y la judicatura*, México, Porrúa, 2007.
- Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A.: *Comentario a la Ley de Arbitraje* (De Martín/Hierro), Madrid, M. Pons, 2006, pp.40 ss.
- Hinojosa Segovia, R. (coordinador); Costa García, M., Cubillo López, I., Galeote Muñoz, M.P. y García Piñeiro, N.P.: *Sistemas de solución extra-jurisdiccional de conflictos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, 212 pp.
- Jarrosson, Ch.: *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987.
- Lew, L., L. Mistelis y S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Londres-La Haya, Kluwer Law International, 2003.
- Lorca Navarrete, A.M. y J. Silguero Estagnan, *Derecho de arbitraje español. Manual Teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid, Dykinson, 1994.
- Martínez Vázquez de Castro, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1991.
- Merino Merchán, J.: *El "equivalente jurisdiccional" en el Derecho público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, 2002.
- Molina Caballero, M.J.: *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Serv. Publ. Universidad de Málaga, 2002.
- Monroy Cabra, M.G.: *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá, 1998.
- Perales Viscasillas, P.: *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 y Derecho societario*, Pamplona, 2005.
- Ranouil, V.: *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, París, PUF, 1980.

- Reglero Campos, F.: *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, Montecorvo, 1991.
- Rivera, J.C.: *El arbitraje en Argentina*, Julio César Rivera Abogados, 2009.
- Robert, J.: *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 5ª ed., París, Dalloz, 1983.
- Rubellin-Devichi, J.: *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965.
- Rutledge, P.B.: *Arbitration and Constitution*, Cambridge University Press, 2012.
- Schwebel, S.M. y S.G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", *International Council for Commercial Arbitration*, ICCA Congress series n°. 3, Nueva York, 1987.
- Senes Mottilla, C.: *La intervención Judicial en el Arbitraje*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.
- Vásquez Palma, M.F.: *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.

III. Artículos de revista y contribuciones en obras colectivas

1. Autores panameños

- Araúz Ramos, J.C.: "Justicia constitucional y arbitraje comercial en la práctica panameña", *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 361–394.
- Araúz Ramos, J.C.: "Acción de inconstitucionalidad contra un laudo por no haber suscrito la parte condenada el contrato que dio origen al litigio", *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 559–568.
- Boutin Icaza, G.: "La anulación del laudo arbitral por desnaturalización de su carácter internacional", *Garantías mobiliarias: in memoriam Inicencio García Velasco*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, pp. 436–440.
- Boutin Icaza, G.: "The Panamanian Business Company and the Conflict of Laws", *Yearb. Pr. Int'L L.*, vol. 10, 2008, pp. 523–545.
- Boutin Icaza, G.: "Autour de la réception de la lex mercatoria en droit positif panaméen. Développement historique et définition d'un jus mercatorum au Panamá", *Rev. dr. unf.*, vol. 3, n° 2, 1998, pp. 305–311.
- Boutin Icaza, G.: "Lex mercatoria: fundamento y apreciación en el Derecho internacional privado panameño", *Avances del Derecho internacional privado en América latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 287–300.

- Boutin Icaza, G.: Distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional en la legislación panameña”, Primer ciclo de conferencias de arbitraje comercial transnacional: *Un encuentro de alto nivel que traspasa fronteras*, Panamá, Estudio Jurídico Arauz, 25 de junio 2010.
- Boutin Icaza., G.: “Sobre el régimen convencional de la libre circulación de laudos extranjeros y las causales de control no convencionales: *fraus omnia corrumpit* y desnaturalización del foro arbitral”, *Anuario de Derecho: órgano de información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, nos 36–37, 2007–2008, pp. 145–169.
- Boutin Icaza, G.: “Algunos aspectos del arbitraje marítimo panameño”, *Libro homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 659–674.
- Boutin Icaza., G.: “Los poderes de los árbitros frente a la teoría del abuso del Derecho, en el plano del Derecho internacional privado arbitral panameño y comparado”, *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 397–413.
- Brewer-Carías, A.R.: “El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad, en el Derecho comparado”, <http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.513.pdf>.
- Britton, A.E.: “Arbitraje marítimo en Panamá: una nueva experiencia”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, n° 3–4, 2001, pp. 299–309.
- Castañedas López, D.A.: “La acción de amparo de garantías constitucionales en el arbitraje”, <http://www.cescon.org/LA%20ACCION%20DE%20AMPARO%20DE%20AMPARO%20DE%20GARANTIA.pdf>.
- Castañedas López, D.A.: “La cláusula arbitral: aspecto a considerar para que la misma sea eficaz...”, *Foro jurídico iberoamericano*, <http://www.forjib.8org/la-clausula-arbitral>.
- Castañedas López, D.A.: “Función del órgano judicial antes y durante los procesos arbitrales”, <http://www.cescon.org/AUXILIO%20DEL%20ORGANO%20JUDICIAL.pdf>.
- De la Guardia, E.: “Panamá: National Report”, *Yearb. Comm. Arb.*, t. III, 1978, pp. 106 ss.
- González Arrocha, K. y L. Sánchez Ortega, “Arbitraje comercial internacional en Panamá: marco legal y jurisprudencial”, C. Conejero Roos y otros (coords.), Madrid, La Ley, 2009, pp. 537–567.
- González Arrocha, K.: “Kompetenz-kompetenz”, *Classeur del 56º Seminario PIDA sobre Arbitraje Comercial Internacional* (París, 13–16 de octubre de 2003), pp. 1–14.
- Palazio Hurtado, S.R.: “El convenio arbitral en la legislación marítima panameña”, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 127–136.
- Pitti G., U.: “Efectos del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cór-

- doba – Argentina, marzo de 2003, digital.binal.ac.pa/bdp/artpma/efectosdelconvenio.pdf.
- Pitti G., U.: “Efectos del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Argentina, marzo de 2003, digital.binal.ac.pa/bdp/artpma/efectosdelconvenio.pdf
- Pitti G., U.: “La impugnación del laudo arbitral interno e internacional en la legislación panameña e internacional”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 20, 2002, p. 78–94, esp. p. 93.
- Pitti, U.: “La anulación del laudo arbitral en la legislación panameña”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, n° 3–4, 2001, pp. 261–278.
- Pitti, U.: “La impugnación del laudo arbitral interno e internacional en la legislación panameña e internacional”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 20, 2002, p. 78–94
- Rovi Sánchez, J.I.: “Arbitraje comercial internacional en Panamá. Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación”, *RCEA*, vol. XVI, 2000/2001, pp. 431–453.
- Rovi Sánchez, J.I.: “La sumisión a tribunales arbitrales como causa de derogación de la competencia judicial internacional del Tribunal marítimo panameño”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 59–76.
- Rovi, J.: “Arbitraje vs. Jurisdicción en el arbitraje marítimo panameño”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, n° 1, 2011, pp. 179–187.

2. Autores extranjeros

- Abanto Torres, J.D.: “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp. 137–194.
- Abarca Junco, P. y M Góme Jene “Arbitraje familiar internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v.4, 1–2012.
- Aksen, G.: “Ad hoc versus institutional Arbitration”, *ICC ICArb. Bull.*, vol. 2, n° 1, 1991, pp. 8–14.
- Albanés Membrillo, A.: “Arbitraje y derecho de defensa”, *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 35–48.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N.: “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945–1972)*, t. I, México, Unam, 1992.
- Alfaro Aguila-Real, J.: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, vol. 1, pp. 62 ss.
- Ambrose, C.: “Arbitration and the Human Rights Act”, *Lloyd’s Maritime and Comm. L.Q.*, 2000, pp 468 ss.

- Amorós Guardiola, A.: “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, t. XXXX, pp. 1129–1147
- Ancel, B.: “O controle de validade da convenção de arbitragem: O efeito negativo da ‘competência–competência’”, *Revista Brasileira de Arbitrage*, n° 6, 2005, pp. 52–63.
- Andrés Ciurana, B.: “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12/2005, pp. 61 ss.
- Arrarte Arisnabarreta, A.M.: “Interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación”, *Themis, Revista de Derecho*, Lima, n° 53, 2007, pp. 101 ss.
- Artuch Iriberry, E.: “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional. (A propósito de la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)”, *RCEA*, vol. VIII, 1992, p. 118
- Artuch Iriberry, E.: “La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de contratación”, *Derecho de los Negocios*, n° 89, febrero 1998, pp. 13–20.
- Bachand, F.: “Does article 8 of the Model Law call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?”, *Arb. Int’l*, vol. 22, n° 3, 2006, pp. 463–476.
- Baizeau, D. y F. Stirnimann, “Renuncia al derecho de impugnar un laudo. Estudio práctico de la experiencia suiza”, *Lima Arbitration*, n° 4, 2010/2011, pp. 151–168.
- Barona Vilar, S.: “Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 18, n° 1, 2011, pp. 185–211.
- Barrios de Angelis, D.: “Naturaleza jurídica del arbitraje privado. Su proyección en la práctica”, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 53–66.
- Baumeister Toledo, A.: “Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela: informe al Comité AIDA CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela”, *ibid.*, n° 51, 1997, pp. 320–321.
- Bernal Gutiérrez, R.: “El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica”, *Revista Internacional de Arbitraje*, junio–diciembre 2004.
- Bernardini, P.: “Justice arbitrale, tribunaux étatiques et législation”, *Arbitrage sur le prochaine décennie*, Suplemento especial del *Bull. CI Arb. CCI*, 1999, pp. 13 ss.
- Bernardini, P.: “Les pouvoirs de l’arbitre”, *Mesures provisoires et conservatoires en matière d’arbitrage international*, *Bulletin du CCI*, n° 519, 1993, pp. 22 ss.

- Bernardo San José, A.: "Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, n° 1, 2008, pp. 115–138.
- Bernini, G.: "Cultural Neutrality: A Prerequisite to Arbitral Justice", *Mich. J. Int'l L.*, vol. 10, 1989, pp. 39–56.
- Bertin, Ph.: "L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale", *Rev. arb.*, 1962, pp. 332 ss.
- Bidart Campos, G.: "El control constitucional y el arbitraje", *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 23 de agosto de 2004, pp. 24 ss.
- Binder, P.: *International Commercial Arbitration in Uncitral Model Law Jurisdictions*, Londres, Sweet and Maxwell, 2000.
- Blessing, M.: "Globalization (and Harmonization?) of Arbitration", *J. Int'l Arb.*, 1992, pp. 79 ss.
- Böckstiegel, K.H.: "Powers and Duties of Arbitrators", *Competition and Arbitration Law*, París, CCI Publs., 1993, pp. 199–207.
- Böckstiegel, K.H.: "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, n° 3, Kluwer, 1987, pp. 177–204.
- Bordalí Salamanca, A.: "Justicia privada", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVI, julio 2004, pp. 165–186.
- Borris, Ch.: "Common law and Civil law: Fundamental Differences and their Impact on Arbitration", *Arbitration*, 1994, pp. 78–85.
- Bosch, J.: "Apuntes sobre el control judicial del arbitraje" (a propósito de la sentencia 'Cartellone c. Hidronor'), *El Derecho*, diario del 24 de octubre de 2004.
- Bouza Vidal, N.; "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *REDI*, vol. LII, p. 374 ss.
- Bouza Vidal, N.: "Perspectiva universal y regional en la consolidación del arbitraje comercial internacional", *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2009, pp. 25–50.
- Bouza Vidal, N.: "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371 ss.
- Briner R. y F. von Schlabrendorff, "Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration", *Liber Amicorum KarlHeinz Böckstiegel*, Colonia, 2001.
- Briseño Sierra, H.: "El seguro y el arbitraje comercial", *Libro homenaje a Werner Goldschmidt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 191–255.
- Broches, A.: "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Discussion), *Am. Soc. Int'l L.*, 1987, pp. 379–380.
- Brunet, E.: "Arbitration and Constitutional Rights", *North Carolina L. Rev.*, vol. 71, 1992, pp. 81 ss.

- Bullard González, A.: “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2.
- Burton, S.J.: “Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes”, *Hastings International and Comp. L. Rev.*, vol. 18, 1994–1995, pp. 637–658.
- Caivano, R.J.: “El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual”, *La Ley* (Buenos Aires), año LVIII, n.º 40, 25 de febrero de 1994, pp. 1 ss.
- Caivano, R.J.: “La cláusula arbitral en contratos de adhesión”, *La Ley* (Buenos Aires), t. 1996–E, pp. 1103–1112.
- Caivano, R.J.: “La separabilidad de la cláusula arbitral”, *La Ley; Uruguay*, n.º 12, 2011, pp. 1643–1672.
- Caivano, R.J.: “El arbitraje: nociones introductorias”, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>.
- Caivano, R.J.: “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, 2006, pp. 107–153.
- Cantuarias Salaverry, F.: ¿A qué juega el Tribunal Constitucional respecto al arbitraje?: un nuevo fallo que atenta contra el arbitraje en el Perú”. <http://blogcristal.roto.wordpress.com/2011/04/05/%C2%BFa-que-juega-el-tribunal-constitucional-respecto-al-arbitraje-un-nuevo-fallo-que-atenta-contra-el-arbitraje-en-el-peru/>
- Cantuarias Salaverry, F.: “Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América Latina”, *Laudo* (Perú), n.º 3, mayo 2004.
- Cantuarias Salaverry, F.: “Razones por las cuales el arbitraje es inevitable”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 6 de junio de 2004;
- Capucci, L.: “An important decision of the italian ‘Corte Costituzionale’ regarding the powers of arbitral tribunales to apply to the Court to test constitutionality”, *ASA Bulletin*, vol. 20, n.º 1, 2002, p. 138.
- Carrillo Flores, F.: “Los retos de la reforma de justicia en América Latina”, *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Santa Fe de Bogotá, abril de 1999, p. 39 ss.
- Clay, Th.: “A Extensão da Cláusula Compromissória às Partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas)”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 8, 2006, pp. 74–81.
- Conejero Roos, C., A. Hierro Hernández–Mora, V. Machia, Valeria y C. Soto Coaguila, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Madrid, La Ley, 2009.
- Conejero Roos, C.: “El impacto de la Ley de la Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional en América Latina”, *RCEA*, vol. XIX, 2004, pp. 255–256.
- Conejero Ros, C.: “La Constitución y el arbitraje internacional ¿hacia un nuevo lenguaje?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7, 2006, pp. 235–262.

- Cremades, A.-C.: “Suiza”, *Arbitraje comercial internacional en Europa (Aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, J.L. Collantes González y A.C. Cremades (dirs.), Lima, Palestra editores, 2012, pp. 1161–1200.
- Cremades, B. e I. Magdalena, “La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional”, *Arbitraje*, vol. III, n° 2, 2010, pp. 337–356.
- Cremades, B.: “Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. de Martín y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 283.
- Cremades, B.M.: “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *La Ley*, 1998, 5, D–233, pp. 1535–1537.
- Cremades, B.M. y A. Martín Blanco, “El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 3, 2008, pp. 5 ss.
- Cremades, B.M. y D.J.A. Cairns: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *RCEA*, vol. XVII, 2002, pp. 15–61.
- Cremades, B.M.: “El arbitraje en el siglo XXI”, *La Ley*, n° 2642, 1990, pp. 1184–1192.
- Cremades, B.M.: “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 8, pp. 143 ss.
- Cremades, B.M.: “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, 2006, n° 1, pp. 185 ss; *Revista Internacional de Arbitraje*, enero–junio 2007, Bogotá, Colombia, pp. 13 ss.
- Cremades, B.M.: “El convenio arbitral”, *RCEA*, vol. XVIII, 2003, pp. 43–70.
- Cremades, B.M.: “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, n° 1, 2012, pp. 13–36.
- Cremades, B.M.: “Multi-Party Arbitration in the New ICC Rules”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 14, 2012, pp. 23–31.
- Cremades, B.M.: “The Impact of International Commercial Arbitration in the Development of the International Business”, *Am. Jour. Comp. L.*, vol. 33, 1983, n° 3, pp. 526–534.
- Cremades, J.A.: “El executur de laudos extranjeros”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 1, 2008, pp. 57–74.
- Cueto Rúa, J.C.: “Un paso adelante en el desarrollo de la justicia arbitral en la Argentina, comentario al fallo ‘Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande’”, *Jurisprudencia Argentina*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, t. 1993–IV–471.
- Curtin, K.M.: “Contractual Expansion and Limitation of Judicial Review of Arbitral Awards”, en Th. E. Carbonneau, *American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration*, Nueva York, JurisNet, LLC, Nueva York, 2006, pp. 435 ss.
- David, R.: “Arbitrage et droit comparé”, *Rev. int. dr. comp.*, 1959, pp. 5 ss.
- De Castro, F.: “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, t. XXXII, pp. 656 ss.

- De Jesús O., “La Sala Constitucional y el Arbitraje Comercial”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, 2006, pp. 63 ss.
- De Jesús O., A.: “El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”, *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 391 ss.
- De Jesús O., A.: “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, vol. II, n° 1, 2009, pp. 29–79.
- De Jesús O., A.: “The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela”, *J.Int’l Arb.*, vol. 24, n° 1, 2007, pp. 69–80.
- Deleuze, J.M.: “La rédaction des clauses compromissoires dans les contrats commerciaux internationaux”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 83–102.
- Delvolvé, J.L.: “Essai sur la motivation des sentences arbitrales”, *Rev. arb.*, 1989, pp. 149 ss.
- Derains, Y.: “La neutralidad cultural del árbitro internacional”, *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 3, 2007, pp. 13–24.
- Derains, Y.: “L’extension de la clause d’arbitrage aux non signataires—La doctrine des groupes de sociétés”, *The arbitration agreement—its multifold critical aspects*, ASA Special Series, núm. 8, Dec., 1994, pp. 241–243.
- Díaz-Candia, H.: “La conciliación y el arbitraje comercial en el contexto de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela”, *Arbitraje*, vol. IV, n° 3, 2011, pp. 905 ss.
- Dimolista, A.: “Autonomie et Kompetenz–Kompetenz”, *Rev. arb.*, 1998, n° 2, pp. 305–359.
- Dimolitsa, A.: “Separability and Kompetenz–Kompetenz”, en A.J. Van den Berg, ed., *International Council for Commercial Arbitration Congress series*, n° 9. *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, París, Kluwer Law International, 1999, pp. 236 ss.
- Dinamarco, C.R.: “Limites da sentença arbitral e de seu control jurisdiccional”, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 2, 2003, pp. 19–33.
- Drouillat, R.: “L’intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 253–261.
- Dupuy, J.M.: “Arbitraje *ad hoc*, Texaco–Calasiatic c. Libia”, *Yearb.Comm. Arb.*, vol. IV, p. 177; *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 350 ss.

- Dutoit, B.: “L’ordre public: caméléon du droit international privé?. Un survol de la jurisprudence suisse”, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455–472.
- Edwards, H.T.: “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?”, *Harv. L. Rev.*, vol. 99, 1986, p. 668–684.
- Escovar Alvarado, R.J.: “La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (principio *kompetenz-kompetenz*)”, *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencia Políticas y Sociales, 2005, pp. 431–458.
- Esplugues Mota, C.: “El Juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, 1 (*Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*), Madrid, 1997, pp. 13–57.
- Estrella Tellini, D. “Constitucionalidade da Lei brasileira de arbitragem”, *RCEA*, vol. XVII, 2002, pp. 63–74.
- Fernández López, A.: “Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No 8937 de 2011”, *Arbitraje*, vol. IV, nº 3, 2011, pp. 797–811.
- Fernández Pérez, A. “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 149–168.
- Fernández Rozas J.C. y E. Artuch Iriberry, “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”, *Tratado de Derecho arbitral*, Bogotá, Colección Estudios, t. I. El convenio arbitral (2). Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 745–786.
- Fernández Rozas, J.C.: “Arbitraje y jurisdicción como solución de conflictos: una complementariedad ineludible”, *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 423–456.
- Fernández Rozas, J.C.: “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 55–91.
- Fernández Rozas, J.C.: “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697–725.
- Fernández Rozas, J.C.: “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 39–90.
- Fernández Rozas, J.C.: “La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 15, 2004, pp. 17–49.
- Fernández Rozas, J.C.: “La Constitución mexicana y el arbitraje comercial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional*, nº 16, 2007, pp. 159–204.

- Fernández Rozas, J.C.: “La primacía de los tratados internacionales en el ejecutivo de sentencias arbitrales extranjeras”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 11–29.
- Fernández Rozas, J.C.: “La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29–52.
- Fernández Rozas, J.C.: “Motivación del laudo arbitral en equidad”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 469–477.
- Figuera Vargas, S.C.: “El arbitraje comercial internacional y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial: sentencia n° 1.067/2010 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano”, *Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 575 ss.
- Flores Rueda, C.: “El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje”, *El arbitraje en el Perú y en el mundo* (C. Soto Coaguila, dir.), Lima, Magna, 2008, pp. 311–322.
- Flores–García, F.: “Una fórmula heterocompositiva recomendable: El arbitraje”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Chile), vol. 17, 1996, pp. 143–185.
- Fortier, L.Y.: “International Arbitration on the Eve of the Millennium”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. I, 1997, pp. 1–8.
- Fouchard, Ph.: “Clauses abusives en matière d’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1995, n° 1, p. 147.
- Fouchard, Ph.: “Le juge et l’arbitrage: Rapport général”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 415–430.
- Fouchard, Ph.: “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, pp. 32–75.
- Fuentes Camacho, V. y J.J. Vera Parra, “El Tribunal español de arbitraje de seguros: un considerable avance del mecanismo arbitral en su constante dialéctica con los procedimientos jurisdiccionales”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 9–27.
- Gaillard, E.: “Switzerland says *Lis Pendens* not Applicable to Arbitration”, *New York Law Journal*, 7 de agosto de 2006.
- Gamboa Morales, N.: “Asistencia judicial en tribunales arbitrales”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-05.php>.
- García de Enterría, J.: “The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration”, *L. & P. Int’l Bus.*, vol. 21, 1990, pp. 405 ss.
- García Ortell, F.: “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 16, 2013, pp. 57–66.
- Garro, A.M.: “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America”, *J. Int’l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293–321.

- Gete-Alonso Calera, M^a.C.: “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1990-2, p. 1033.
- Gil Domínguez, A.: “El caso ‘Cartellone c/ Hidronor’: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, *La Ley* (Buenos Aires), 23 de agosto de 2004.
- Gil Echeverry, J.H.: “El arbitraje en las relaciones del Estado”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje* (www.servilex.com.pe/congreso_panama/b-01.html).
- Ginsburg, T.: “The Culture of Arbitration”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1335-1346.
- Giovannini, T.: “Qui controle les pouvoirs des arbitres: les parties, les arbitres ou la Cour d’arbitrage?”, *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 135 ss.
- Goldman, B.: “Le juge et l’arbitrage: Les problemes spécifiques de l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1980, pp.323-340.
- González Campos, J.D.: “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, 1975, pp. 3-52.
- González de Cossío, F.: “Arbitraje y contratación gubernamental”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 15, 2012, pp. 119-132.
- González de Cossío, F.: “Chauvinism Rejected: Mexican Supreme Court Upholds the Constitutionality of the Mexican Arbitration Statute”, *J. Int’l Arb.*, vol. 22, n° 2, 2005, pp. 163 ss.
- González de Cossío, F.: “El árbitro ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n°29, 2005, pp. 605 ss.
- González de Cossío, F.: “El árbitro, ¿Autoridad responsable para el juicio de amparo?”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, pp. 605 ss.
- González de Cossío, F.: “El principio compétence-compétence revisitado”, *RCEA*, vol. XXII, 2007, pp. 63-84.
- González de Cossío, F.: “La naturaleza jurídica del arbitraje: en ejercicio de balance químico”, *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol.8, 2008, pp. 509-525.
- González de Cossío, F.: “Naturaleza jurídica del arbitraje. Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en México”, *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Anáhuac)*, n° 16, 2005, pp. 103-113.
- González de Cossío, F.: “Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje”, *Revista Jurídica Auctoritas Prudentium*, 2008. <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/orden-publico-arbitrariedad.pdf>.
- González, D.E., G.F. Hritz, M. Rios y R. C. Lorenzo, “International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus”, *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33-43.

- Goutal, J.L.: "L'arbitrage et les tiers: le droit des contrats", *Rev. arb.*, 1988, p. 442. pp. 439–455.
- Graham, J. y Leal-Isla, "Une atteinte discutable au principe de compétence-compétence", *Rev. arb.*, 2006, p. 1039 ss.
- Graham, J.: "Mexican Supreme Court Rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz," *Arbitration*, 2006, pp. 388 ss.
- Graham, J.: "El principio arbitral de la kompetenz-kompetenz en la actualidad mexicana", *Conocimiento y Cultura Jurídica*, 2007, pp. 217ss.
- Graham, J.: "El principio de la competencia arbitral en la actualidad Mexicana", *Lima A2De la Oliva Santos, A.:rbitation*, 2007, pp. 240 ss.
- Graham, J.: "La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales", *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 4, Thomson, São Paulo, 2004. pp. 100 ss.
- Griffith Dawson, F.: "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?", *Ius et Veritas* Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, n.º 15
- Grigera Naón, H.A.: "Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks", *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 2, 2005, pp. 134–135.
- Grigera Naón, H.A.: "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", *Arb. Int'l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146–148.
- Grigera Naón, H.A.: "ICC Arbitration and Courts of Law: Practical Experiences in Latin America", *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2001, pp. 231–251.
- Haining, K. y B. Zeller, "Can Seprability Save 'Kompetenz-Kompetenz'. When There is a Challenge to the Existence of a Contract?", *Arbitration*, vol. 76, n° 3, 2010, pp. 493–502.
- Hanotiau, B.: "Quelques réflexions à propos de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales", *Mélanges Lucien Simont*, 2002, Bruselas, Bruylant, 2002, pp. 301 ss.
- Hanotiau, B.: "The Law Applicable to the Issue of Arbitrability", *Revue du Droit des Affaires Internationales*, 1998, núm. 7, pp. 758 ss.
- Harris, T.L.: "The 'Public Policy' Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention", *J.Int'l.Arb*, vol. 24, n° 1, 2007, pp. 9–24.
- Hascher, D.: "L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales", *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (2000–2002)*, pp. 17 ss.
- Haydn-Williams, J.: "Arbitration and the Human Rights Act", *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 67, 2001, pp. 289 ss.
- Heller, K.: "Constitutional Limits of Arbitration", *Stockholm Arbitration Review*, n° 1, 2000, pp. 7 ss.
- Helm, K.A.: "The Expanding Scope of Judicial Review of Arbitration Awards: Where does the Buck Stop?", *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, n° 4, 2006–2007, pp. 16 ss..

- Heuzé, V.: “La morale, l’arbitre et le juge”, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, pp. 179–199.
- Hinojosa, R.: “La impugnación del laudo en la ley española de 2003”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp. 374 ss.
- Jalili, M.: “Kompetenz–Kompetenz. Recent Us and UK Developments”, *J. Int’l Arb.*, vol. 13, n° 4, 1996, pp. 169 ss.
- Jambu–Merlin, R.: “L’arbitrage maritime”, *Etudes offertes à René Rodière*, París, Dalloz, 1981, pp. 401–408.
- Jarrosson, Ch.: “L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’Homme”, *Rev. arb.*, 1989, pp. 573 ss.
- Jarrosson, Ch.: “Réflexions sur l’imperium”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 245–279.
- Jarvin, S.: “Les décisions de procédure des arbitres peuvent–elles faire l’objet d’un recours juridictionnel?“, *Rev. arb.*, 1998, pp. 611 ss.
- Jarvin, S.: “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers”, *Arb. Int’l*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 140–163.
- Jiménez Figueres, D.: “Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: alcances y análisis comparativo”, C.A. Soto Coaguila (dir.), *El arbitraje en el Perú el Mundo*, t. 1, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 531–537.
- Jiménez Fugueres, D.: “Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: alcances y análisis comparativo”, *El arbitraje en el Perú y en el mundo* (C. Soto Coaguila, dir.), Lima, Magna, 2008, pp. 531–537.
- Karrer, P.A.: “The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells it Like He Sees It”, *Disp. Res. J.*, vol. 63, 2008, pp. 72 ss.
- Kaufmann–Kohler, G.: “The Globalization of Arbitral Procedure,” *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 36, n° 4, 2003, p. 1313 ss.
- Kessedjian, C.: “Principe de la contradiction et l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1995, pp. 381–410.
- Klein, F.E.: “Autonomie de la volonté et arbitrage”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss. y 479 ss.
- Klein, F.E.: “Du caractère autonome de la clause compromissoire, netament en matière d’arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449–552.
- Kochan, Th., B. Lautsch y C. Bendersky, “An Evaluation of the Massachusetts Commission Against Discrimination Alternative Dispute Resolution Program”, *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, 2000, pp. 233 ss.
- Kupfer Schneider, A.: “Building a Pedagogy of Problem Solving: Learning to Choose among ADR Processes”, *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, 2000, pp. 115 ss.
- Lalive, P.: “Avantages et inconvénients de l’arbitrage *ad hoc*”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 301–321.
- Landrove, J.C.: “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration an État des Lieux of Strasbourg Case–Law and of a

- Problematic Swiss Law Deature”, en Besson, Hottelier y Werro, eds., *Human Righth at the Center*, Basilea, Ginebra, Zúrich, Schulthess, 2006, pp. 73–101.
- Layton, R.: “Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America”, *J. Int’l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 ss.
- Ledesma, A.E.: “Eficacia del laudo arbitral”, *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski*, Lima, Cultural Cuzco, S.A., 1989, pp. 99–114.
- Lemes, S.M.F.: “Arbitragem. Principios juridicos fundamentais: direito brasileiro e comparado”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 31–57.
- Leurent, B.: “L’intervention du juge”, *Rev. arb.*, 1992, pp. 303 ss.
- Leurent, B.: “Réflexions sur l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1996, pp. 181–208.
- Level, P.: “L’arbitrabilité”, *Rev. arb.*, 1992, núm. 2, pp. 213–241.
- Lievens, J.: “Le juge et les arbitres: le contrôle de la sentence par le juge”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 47–74.
- López-Barajas Perea, I.: “La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012.
- López Moreno, E.: “El arbitraje de equidad en el Derecho panameño”, *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 395–422.
- Loquin, E.: “Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lounière de l’évolution récente du droit de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 294–295.
- Lorca Navarrete, A.M.: “La naturaleza jurídica del arbitraje”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2006.
- Lozano-Higuero Pinto, M.: “Cambio social, socialización y privatización de la justicia”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1988, pp. 565–580.
- Maire, J.P. y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public”, *Réglementation de la concurrence et évolution du concept*, *Competition and Arbitration Law*, París, Institute of International Business Law and Practice, ICC Publishing S.A, 1993, pp. 81 ss.
- Maluquer Montes, C.: “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”, *Estudios sobre consumo*, nº 59, Madrid, 2001, pp. 182 ss.
- Mantilla Serrano, F.: “El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea”, *Revista Internacional de Arbitraje* (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá), nº 2, 2005, pp. 77–95.
- Mantilla Serrano, F.: “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, *Arbitraje comercial internacional* (L. Pereznieta, comp.), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000 (reimpresión 2002), pp. 167–175.
- Marchán, J.M.: “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 4, 2009, pp.

- Marella, F.: “Unità e diversità dell’arbitrato internazionale: l’arbitrato marittimo”, *Il diritto marittimo*, vol. 107, n° 3, 2006, pp. 787–832.
- Marella, F.: “Unity and Diversity in International Arbitration: the Case of Maritime Arbitration”, *The American University International Law Review*, vol. 20, n° 5, 2006, pp. 1095–1100.
- Martín Brañas, C.: “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 4, 2003, pp. 143–175.
- Martín Marchesini, G.: “Arbitraje y Recurso Extraordinario”, *La Ley* (Buenos Aires), Diario del 20 de septiembre de 2004.
- Martín Marchesini, G.: “El recurso de apelación contra el laudo arbitral”, *La Ley*, 2 de septiembre de 2008, pp. 4–6.
- Martins, P.A.B.: “A arbitragem e o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988”, *Revista de Direito Civil* (São Paulo) vol. 20, n° 77, 1996, pp. 110–118.
- Martins, P.A.B.: “Autonomia da cláusula compromissória”, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 2, 2003, pp. 71–83.
- Matute Morales, C.: “El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo)*, vol. 25, 2002, pp. 157–178.
- Matute Morales, C.: “Rango constitucional de los medios alternativos de solución de controversias: El fundamento para un nuevo paradigma en la justicia venezolana”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo)*, vol. 26, 2003, pp. 247–273.
- Mayer, P.: “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 359–268.
- Merino Merchan, J.F.: “El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado”, en *Actualidad y Perspectiva del Derecho Público a fines del siglo XX (Homenaje al Prof. Garrido Falla)*, Madrid, Univ. Complutense, 1992, pp. 1070 ss.
- Merino Merchán, J.F.: “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 14, 2012, pp. 33–44.
- Merino Merchán, J.F.: “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje*, vol. I, n° 3, 2008, pp. 731 ss.
- Morello, A.: “El arbitraje en la encrucijada”, *Jurisprudencia Argentina*, 18 de agosto de 2004.
- Montero, F.J. y F. Bedoya, “La renuncia a la acción de anulación en la nueva Ley de arbitraje francesa”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 11, 2011, pp. 145–152.
- Mourre, A.: “Los méritos de la ‘constitucionalización’ del procedimiento civil y del Derecho del arbitraje”, *Constitucionalización del Derecho*

- Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association André-Bello des juristas franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado y Universidad del Rosario, 2006, pp. 281–300.
- Mullerat, R.: “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 3, 2002, pp. 45–73.
- Muñoz Esquivel, O.: “Naturaleza jurídica de la función de los árbitros”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. II, 2002, n° 2, pp. 10–13.
- Nieva Fenoll, J.: “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 3, 2002, pp. 11–44.
- Olivencia Ruiz, M.: “El laudo: naturaleza, clases y contenido”, *Arbitraje*, vol. II, n° 3, 2009, pp. 655–674.
- Oppetit, B.: “Arbitrage, mediation et conciliation”, *Rev. arb.*, 1984, pp. 307 ss.
- Oppetit, B.: “Justice étatique et justice arbitrale”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 414–426.
- Ormazábal Sánchez, G.: “La transacción en el procedimiento arbitral”, *Actualidad y Derecho*, n° 19, 1995, pp. 1–7.
- Orrego Vicuña, F.: “Arbitration in a New International Alternative Dispute Resolution System”, *Disp. Res. J.*, vol. 57, n° 2, 2002.
- Ortells Ramos, M.: “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución de 1978”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n° 3, 1984, pp. 415–458.
- Osorio, M.: “Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, *Revista de Derecho Privado*, n° 47, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2012, pp. 1–47.
- Otero Lastres, J.M.: “El derecho fundamental a la tutela ‘arbitral’ efectiva”, *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52–55.
- Palacios, L.E.: “Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario”, *El Derecho*, Diario de 17 de agosto de 2004.
- Palau Loverdos, J.: “Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 4, 2003, pp. 261 ss.
- Palazio Hurtado, S.R.: “El convenio arbitral en la legislación marítima panameña”, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 127–136.
- Park, W.W.: “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 9–25.
- Perales Viscasillas, P.: “¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la Cnudmi/Uncitral”, *Derecho de los Negocios*, n° 197, 2007, pp. 5–18.

- Perales Viscasillas, P.: Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York”, *Arbitraje*, vol. I, n° 2, 2008, pp.363–401.
- Pérez Beviá, J.A.: “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 81–99.
- Pérez Gordo, A.: “La inconstitucionalidad de las Leyes de arbitraje”, *Estudios de Derecho procesal*, Zaragoza, Pórtico, 1981, pp. 405–420.
- Pereznieto Castro, L. y J.A. Graham: “El arbitraje comercial latinoamericano: en busca de una doctrina propia”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 4, n° 2, 2011, pp. 455–474.
- Ponienman, A.: “How Important is ADR to Latin America?”, *Disp. Res. J.*, vol. 58, n° 1 2003.
- Prol, F.G.: “La cosa juzgada en el arbitraje internacional. Algunos puntos a considerar”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 16, 2013, pp. 19–28.
- Pryles, M.: “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int’l Arb.*, vol. 24, n° 3, 2007, pp. 327–339.
- Raghavan, V.: “Heightened Judicial Review of Arbitral Awards: Perspectives from the UNCITRAL Model Law and the English Arbitration Act of 1996 on some US developments”, *J. Int’l Arb.*, vol. 15, n° 3, 1998, pp. 103 ss.
- Ramos, F.: “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, *Justicia*, 1994, N° IV, p. 807–822.
- Ramos Muñoz, D.: “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, *Arbitraje*, vol.I, n° 2, 2008, pp. 661–730.
- Remiro Brotóns, A.: “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *Recueil des Cours*, t. 184, 1984, pp. 169–354.
- Requejo Isidro, M.: “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. XI, 1995, p. 44 ss.
- Requejo Isidro, M.: “Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género” en R. Castillejo Manzanares (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 661–700.
- Rivarola Reisz, J.D.: “Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: ‘Los dilemas del constitucionalizar el arbitraje’”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, n.º 2, 2006, pp. 577 ss.
- Rivera, J.C.: “Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, *Revista Internacional del Arbitraje* (Bogotá), n° 5, 2006, pp. 193–221.
- Rivier, M.C.: “Justice arbitrale”, *Rev. arb.*, 1995, pp. 274 ss.
- Romero Seguel, A.: “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n° 2, 1999, pp. 404–433.
- Rosengren, J.: “Contract Interpretation in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 30, n° 1, 2013, pp. 1–16.

- Rubio Guerrero, R.: "El principio Competence–Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Lima Arbitration*, n° 4, 2010/2011, pp. 101–118.
- Samuel, A.: "Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights", *J. Int'l Arb.*, vol. 21, 2004, pp. 413 ss.
- Sánchez Lorenzo, S.: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *REDI*, vol LXI, 2009, pp. 40 ss.
- Sánchez Rubio, M.A.: "Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n° 21, 2003, pp. 601–616.
- Sánchez–Calero Guilarte, J.: "El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral", *La nueva Ley de arbitraje. Estudios de Derecho Judicial*, n° 102, Madrid, 2006, pp. 367–374.
- Sanders, P.: "L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)", *Rev. arb.*, 1980, pp. 238–252.
- Sandoval López, R.: "La normativa de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional como instrumento de Unificación", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 485–510.
- Santistevan de Noriega, J.: "Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú", *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, 2006, pp. 19 ss.
- Santistevan de Noriega, J.: "La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, n° 1, 2010, pp. 43–83.
- Santos Belandro, R.: "Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, 2006, pp. 553–565.
- Schmitthoff, C.M.: "Finality of Arbitral Awards and Judicial Review", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Schmitthoff, C.M.: "The Jurisdiction on the Arbitrator", *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 285–293.
- Schneider, M.E.: "Combining Arbitration with Conciliation", *Transnational Dispute Management*, vol. I, n° 1, febrero 2004, http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_55.htm.
- Schollosser, P.: "The Competence of Arbitrators and the Courts", *Arb. Int'l*, 8, 1992, pp. 199–200.
- Serra Domínguez, M.: "Naturaleza jurídica del arbitraje", *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 572–583.

- Silva Bascuñán, A.: “La justicia arbitral ante la Constitución”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p.103–111.
- Silva Romero, E.: “Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz–Kompetenz”, *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, pp. 579–588.
- Silva–Romero, E.: “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionización del arbitraje internacional en América Latina”, *Constitucionalización del Derecho Privado* (dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco–latino–américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 341 ss.
- Silva–Romero, E.: “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionización del arbitraje internacional en América Latina”, *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco–latino–américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 341 ss.
- Siqueiros, J.L.: “La Cnudmi modifica su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 511–516.
- Stempel, J.W.: “A Better Approach to Arbitrability”, *Tulane L. Rev.*, vol. 65, 1991, pp. 1426 ss.
- Strong, S.I.: “International Arbitration and the Republic of Colombia: Commercial, Comparative and Constitutional Concerns from a U.S. Perspective”, *Duke J. Comp & Int’l L.*, vol. 22, 2011, pp. 47–107
- Talero Rueda, S.: “Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales”, *Lima Arbitration*, n° 3, 2008–2009, pp. 213–236
- Taruffo, M.: “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid*, n° 3, 1999, pp. 61–76.
- Valencia Mirón, A.J.: “El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de arbitraje. Comentario a la STC (Sala 2ª) n° 176/1996, de 11 de noviembre”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 152–159
- Valencia, F.: “Parties faibles et accès à la justice en matière d’arbitrage”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 45–70.
- Van den Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, 1994 (reimpresión).
- Van Houtte, H.: “Le juge et l’arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, p. 28–46.
- Vasconcelos, C.E. de: “Problemas da Arbitragem por Equidade”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 9, 2006, pp. 40–60.
- Verdera y Tuells, E.: “Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial”, *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 148 ss.

- Virgós Soriano, M.: “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría–Menéndez*, n° 14, 2006, pp. 13–28.
- Virgós Soriano, M.: “El reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 5, 2009, pp. 83 ss
- Xiol Ríos, A.: “El arbitraje y los tribunales de justicia”, *La Notaría*, n° 47–48, 2007, pp. 71–84.
- Ybarra Bores, A.: “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 23, 2012.
- Zeiler, G. y K. Hruskovicova, “The Principle of ‘Kompetenz–Kompetenz’ According to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration”, *The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: 25 Years*, Amberes, Maklu, 2010, pp. 109–118.

IV. Trabajos de grado. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

- Arias, J.R.: *Eficacia de la sentencia arbitral marítima extranjera en la legislación panameña*, Panamá, 1986.
- Carreira Pitti, G.E.: *El arbitraje internacional y la jurisdicción marítima panameña ante una nueva doctrina arbitral*, Panamá, 2003.
- Carrera Bonilla, P.: *Cláusula compromisoria en el convenio arbitral internacional. Aspectos sustantivos y procesales*, Panamá, 2007.
- Cervantes Rodríguez, R.A.: *Proceso para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras conforme al Código Judicial Panameño*, Panamá, 2002.
- De Gracia Berrocal, N. del C.: *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Panamá*, Panamá, 1985.
- Díaz de Gracia, G.: *El proceso de formación de la ley en el constitucionalismo panameño*, Panamá, 2008.
- Espinoza, M., C.A.: *El arbitraje en la doctrina y en el Nuevo Código Judicial Panameño*, Panamá, 1987.
- García E., M.J.: *El arbitraje en Panamá*, Panamá, 1987.
- González Gaytán, E.I.: *El arbitraje comercial internacional*, Panamá, 1997.
- González, C.: *El laudo extranjero y su reconocimiento*, Panamá 1989.
- Isaza Trejos, M.: *Competencia internacional del árbitro*, Panamá, 2004.
- Jacome, J.A.: *El juicio arbitral*, Panamá, 1984.
- Jaime R., M.: *Sobre el régimen jurídico del laudo extranjero en Panamá*, Panamá, 2001.
- Jiménez Ingrám. R.I.: *El arbitraje comercial: la facultad de los árbitros para administrar justicia*, Panamá, 1994.

- Palacios B., J.: *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Panamá*, Panamá, 1975.
- Palacios, S.: *El régimen legal del arbitraje marítimo en Panamá*, Panamá, 1983.
- Palomino R., A.A.: *La noción de arbitraje comercial internacional en el sentencias y laudos arbitrales en materia marítima panameña*, Panamá, 2008
- Pérez Cano, I.: *El arbitraje en el negocio e seguro*, Panamá, 1995.
- Solís Higuera, L.G.: *La impugnación del laudo arbitral interno en la legislación panameña*, Panamá, 2005
- Vásquez Sween, J.M.: Reconocimiento y ejecución de sentenc
- Vega Cuellar, M.C.: *Competencia internacional y ejecución de las sentencias extranjeras*, Panamá, 2009.

V. Estudios de carácter complementario

1. Monografías

- Álvarez González, S.: *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992
- Blanco, R.L.: *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006.
- Borrajó Iniesta, I., I. Díez Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1995.
- Cappelletti, M. y G. Brayant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Cappelletti, M.: *La influencia de los valores constitucionales sobre la forma de gobierno: el papel de la justicia constitucional*, Madrid, Cuadernos Constitucionales, Centro de estudios Constitucionales, 1984.
- Cappelletti, M.: *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (trad. H. Fix Fierro), México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Chamorro Bernal, F.: *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994.
- De Bernardis, L.M.: *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1995.
- De Bernardis, L.M.: *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1995.
- De la Oliva Santos, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991.
- De Trazegnies Granda, *Reflexiones sobre la Sociedad Civil y el Poder Judicial*, Lima, ARA Editores, 1996

- Díez Picazo, L.: *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, 1994.
- Díez Picazo, L.M.: *Régimen constitucional del Poder judicial*, Madrid, 1991.
- Dussán Hitscherich, J.: *Elementos del contrato estatal*, Bogotá, 2000, pp. 205–218.
- Eguiguren, F.: *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano–Fundación Konrad Adenauer, 2000.
- Fauverque–Cosson, B.: *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1996.
- Fernández–Viagas, P.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994.
- Ferri, L.: *La autonomía privada*, traducción y notas de Derecho español de L. Sancho Mendizábal, Granada, Comares, 2001.
- Finnis, J.: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.
- Goig Martínez y otros, J.M.: *El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Editorial Universitas Internacional, 2006.
- González Montenegro, R.: *El constitucionalismo panameño*, Panamá, Cultural Portobello, n° 435, 2010.
- González Montenegro, R.: *El órgano judicial en el constitucionalismo panameño*, Panamá, Litho Editorial, 2006.
- González Pérez, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986.
- González y Pérez, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989.
- Hernández Valle, R. y P. Pérez Tremps (dirs.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- Hoyos, A.: *El debido proceso*, Santa Fe, Bogotá, Ed. Temis, S.A., 1996.
- Jellinek, G.: *Teoría General del Estado*, Traducción de la 2ª edición Alemana, Granada, Comares, 2000.
- Larroumet C. (dir.): *Constitucionalización del Derecho Privado*, Association Andrés Bello des juristes francolatino–américains – Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- Loewenstein, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- Marín Pageo, E.: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1990.
- Maurer, G.: *Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation, and Application*, Huntington N.Y., Juris Publishing, 2012.

- Molino Mola, E.: *Jurisdicción Constitucional de Panamá*, Panamá, Imprenta Universal Books de Libros en Inglés, 2001.
- Molino Mola, E.: *La jurisdicción constitucional en Panamá*, Biblioteca Jurídica Dike, 1998; Imprenta Universal Books de Libros en Inglés, 2001.
- Molino Mola, E.: *La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Un Estudio de Derecho Comparado*, Medellín (Colombia), Diké Biblioteca Jurídica, 1998.
- Nieto García, A.: *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*, Madrid, Universidad Complutense, 1998, p. 185.
- Nogueira Alcalá, H.: *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006.
- Pedreschi, C.B.: *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Ediciones Fábrega, López, Pedreschi y Galindo, 1965
- Revenga Sánchez, M.: *Los retrasos judiciales: ¿Cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones?*, Madrid, Tecnos, 1992.
- Riba Trepát, C.: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Romano, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires, 1964, pp. 297 ss.
- Serra Rodríguez, A.: *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- Tapia Fernández, I.: *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, en Colección LEC 2000, Madrid, 2000, pp. 135–215.
- Venegas Grau, M.: *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, Madrid–Barcelona, M. Pons., 2004.

2. Artículos de revista y contribuciones en obras colectivas

- Aguiar de Luque, L.: “Alcances y límites de la justicia constitucional”, *Seminario sobre Justicia Constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1992, pp. 70 ss.
- Alegre Martínez, M.A.: “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994, pp. 113–137.
- Borrell Mestre, J.: “Algunas consideraciones sobre el Poder Judicial”, *Constitución y justicia constitucional. Jornadas de Derecho constitucional en Centroamérica*, Barcelona, Agència Catalana de Cooperació al desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008, pp. 49–70, pp. 50 ss .
- Brewer–Carías, A.R.: “El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad, en el Derecho comparado”, *Registro Judicial de la República de Panamá*, enero 1997, pp. 3–4. <http://www.allanbrewer-carrias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.513.pdf>.

- Canales Aliende, J.M.: “La administración de la justicia hacia una función gerencial del servicio público de la justicia”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 73, 1991, pp. 213–227.
- Cappelletti, M.: “Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei”, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 120 ss.
- Carmona Tinoco, J.U.: “La división de poderes y la función jurisdiccional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, n°s 7–8, 2007, pp. 175–211.
- Carrillo Flores, F.: “Los retos de la reforma de justicia en América Latina”, *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Santa Fe de Bogotá, abril de 1999, p. 39 ss.
- Casal Hernández, J.M.: “Aspectos conceptuales del acceso a la justicia, en *Acceso a la Justicia. La Universidad por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos*, Caracas, 2006, pp. 31–32.
- Cigarruista Cortez, A.: “Los procesos constitucionales en Panamá”, *Constitución y justicia constitucional. Jornadas de Derecho constitucional en Centroamérica*, Barcelona, Agència Catalana de Cooperació al desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008, pp. 311–330.
- Cruz Villalón, P.: “Métodos alternativos y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 11, 2007, pp. 15–26.
- De Castro y Bravo, F.: “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295–341.
- De Diego Cerezo, P.: “El Canal de Panamá y su régimen jurídico”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLIII, 2010, pp. 41–58.
- De Vega, P.: “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, 1979, pp. 95 ss.
- Díez-Picazo, L.M.: “La potestad jurisdiccional: características constitucionales”, *Parlamento y Constitución*, 1998, n° 2, pp. 67–77.
- Escalada López, M.L.: “La transcendencia de las normas determinadoras de la jurisdicción y competencia”, *La Ley*, n° 7633, 2011.
- Espín Cánovas, D.: “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, jul–sep., 1963, pp. 783 – 820.
- García Belaunde, D.: “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *La Constitución y su Defensa: algunos problemas contemporáneos* (Ponencias peruanas al VIII congreso iberoamericano de Derecho constitucional, Sevilla, 3,4 y 5 de diciembre de 2003), Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos–Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional (sección peruana), 2003, pp. 318 ss.
- García de Enterría, E.: “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, n° 44, 1998, pp. 31–44.

- Gil-Robles y Gil-Delgado, J.M.: “Unidad jurisdiccional y atribución de facultades arbitrales a órganos de la Administración”, *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, EEF, 1983, pp. 1385 ss.
- Gimeno Sendra, V.: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 137–150.
- Gondra Romero, J.M.: “Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional”, *Estudios en Homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 233–247.
- González Campaña, G.: “Desnaturalización del arbitraje administrativo”, *La Ley* (Buenos Aires), suplemento de Derecho Administrativo del 27 de agosto de 2004, pp. 8–19;
- González Campos, J.D. y J.C. Fernández Rozas, “Comentario al art. 12. 3 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I. vol. 2, 2.^a ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 901–903.
- Gozáini, O.A.: “El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional”, *Cuestiones Constitucionales*, n° 7, 2002. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard2.htm>.
- Hierro, L.: “El concepto de justicia y teoría de los derechos”, *Estados, Justicia y Derechos* (E. Días y J.L. Colomer, eds.), Madrid. Alianza, 2002, pp. 11 ss.
- Hinojosa Martínez, E.: “Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo”, en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, dir. F. Sospedra Navas, Cuadernos de Derecho Judicial, n° XIII/2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 374 ss.
- Hundskopf Exebio, O.: “El control difuso en la jurisdicción arbitral”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, n.º 91, 2006, pp. 24 ss.
- Juenger, F.K.: “The Lex Mercatoria and the Conflicts of Law”, *Lex Mercatoria and Arbitration* (Th. E. Carbonneau, ed.), Dobbs Ferry, N.Y., 1990.
- Kelsen, H.: “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et Science Politique*, 1929, pp. 197 y ss con traducción al castellano de R. Tamayo y Salmorán, y que se publicó en el *Anuario Jurídico* I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974.
- Lalaguna, E.: “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, vol. II, octubre 1972, pp. 884 ss.
- Londoño Jaramillo, M.: “La congestion y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable?”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Medellín)*, vol. 38, n° 109, 2008, pp. 385–419.
- Lovatón Palacios, D.: “Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales”, *Pensamiento Constitucional*, ano VI, n° 6, 1999, pp. 595–607.

- Lozano-Higuero Pinto, M.: “Cambio social, socialización y privatización de la justicia”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n° 3, 1988, pp. 565–580.
- Mathieu, B.: “La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail. Observations sur la décision du Conseil Constitutionnel n° 2002–465 DC du 13 janvier 2003”, *Recueil Dalloz*, 2003, pp. 638 ss.
- Mayer, P.: “La protection de la partie faible dans droit international privé”, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, París et Louvain, 1996, pp. 513 ss.
- Mezgravis, A.: “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 50, 1996, pp. 369 ss.
- Montero Aroca, J.: “La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial”, *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, pp. 125–152.
- Muñoz Pinzón, A.: “En torno al origen del amparo de garantías constitucionales en Panamá”, *Anuario de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, n° 20, 1992, pp. 187–191.
- Murphy, K.: “The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law”, *Georgia Journ. Int’l & Comp. L.*, vol. 11, 1981, pp. 591–615.
- Ortells Ramos, M.: “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución de 1978”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n° 3, 1984, pp. 415–458.
- Peña, C.: “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno”, en C. Medina y J. Mera (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos: el Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, n° 6, Santiago, septiembre de 1996, pp. 661 ss.
- Picó i Junoy, J.: “El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantreado”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 779–794.
- Pocar, F.: “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye de Droit International*, 1984, p. 349.
- Rodríguez Robles, S.: “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción constitucional”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 87–108.
- Rubio Llorente, F.: “La libertad de empresa en la Constitución”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (L.J. Iglesias Prada, coord.), vol. 1, Madrid, Civitas, 1996, pp. 431–446.

- Ruiloba, C.A.: “Retos de la justicia constitucional panameña”, *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 87–100.
- Sánchez G., S.: “El amparo en Panamá”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nº 27, 2011, pp. 216–234.
- Sánchez Rubio, M.A.: “Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, nº 21, 2003, pp. 601–616.
- Simón Yarza, F.: “La composición de la justicia constitucional en perspectiva comparada (en especial, con relación a Estados Unidos)”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 31, 2013, pp. 363–390.
- Solano Carrera, L.F.: “Supremacía y eficacia de la Constitución con referencia al sistema costarricense”, *Constitución y justicia constitucional. Jornadas de Derecho constitucional en Centroamérica*, Barcelona, Agència Catalana de Cooperació al desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008, pp. 11–47.
- Storini, C. y J. Escudero Soliz, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, 2011, pp. 1–33.
- Taruffo, M.: “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, 1999, pp. 61–76.
- Thomás Puig, P.M.: “Valores y principios constitucionales”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 5, 2001, pp. 129–143.
- Valencia Mirón, A.J.: “El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de arbitraje. Comentario a la STC (Sala 2ª) nº 176/1996, de 11 de noviembre”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 152–159.
- Vargas Velarde, O.: “Los tratados y la Constitución nacional”, *Anuario de Derecho, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, año XX, 2002, pp. 191 ss.
- Wong Pimentel, A.: “La objeción y la reforma de la Ley”, *Revista Debate*, año VI, nº 15, 2008, pp. 10–19.
- Zamorano, A.A.: “El derecho a la prueba como una garantía del proceso justo”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 863–882.
- Zamorano, A.A.: “Nuevos retos de la jurisdicción constitucional a sus 70 años”, *VIII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2011, pp. 109–131.
- Zuckerman, A.: “Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure, en A. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis*, Oxford 1999.

